



28 DICEMBRE 2022

Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i
limiti all'attivismo creativo delle Corti
costituzionali

di Giancarlo Caporali

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Macerata

Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*

di Giancarlo Caporali

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Macerata

Abstract [It]: Il presente lavoro mira a sviluppare alcune riflessioni sulla recente importantissima sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti *Dobbs v. Jackson*. Tre sono gli aspetti fondamentali toccati da questa pronuncia: la soluzione negativa alla questione critica se la Costituzione degli Stati Uniti, correttamente intesa, conferisca un diritto all'aborto; la ricognizione dello *standard* che nei precedenti della Corte è stato utilizzato per determinare se il riferimento alla "libertà" del Quattordicesimo Emendamento protegga un diritto particolare e, in generale, dei limiti che la Corte Suprema incontra nell'interpretare la Costituzione; i termini di applicabilità del principio dello *stare decisis*, riaffermandosi che in circostanze appropriate la Corte deve essere disposta a riconsiderare e, se necessario, annullare le decisioni costituzionali, poichè lo *stare decisis* non è un comando inesorabile. Di tali aspetti è tuttavia il secondo quello su cui si vuole specialmente porre l'attenzione nel presente lavoro. Con questa sentenza la Corte Suprema sembra infatti aver iniziato un percorso di revisione intorno alla concezione del proprio ruolo e dei limiti all'interno dei quali deve muoversi l'interpretazione del testo costituzionale, in questo seguendo la dottrina originalista. Nel presente lavoro si è pertanto cercato di ricostruire i tratti fondamentali di questa dottrina e le sue ricadute sull'interpretazione del Quattordicesimo Emendamento, in particolare della *Due Process Clause*. Da ultimo si è affrontato il problema di una possibile "importazione" della teoria originalista nell'esperienza italiana, esaminando, solo per fare un esempio, le conseguenze che potrebbe avere sull'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione italiana.

Title: *Dobbs v. Jackson*: originalist theory and the limits to the creative activism of constitutional courts

Abstract [En]: The present work aims to develop some reflections on the recent very important decision of the Supreme Court of the United States, *Dobbs v. Jackson*. There are three fundamental aspects touched upon by this pronouncement: the negative solution to the critical question of whether the Constitution of the United States, properly understood, confers a right to abortion; the recognition of the standard that has been used in the Court's precedents in determining whether the Fourteenth Amendment's reference to "liberty" protects a particular right and, in general, the limits that the Supreme Court encounters in interpreting the Constitution; the terms of applicability of the principle of *stare decisis* reaffirming that in appropriate circumstances the Court must be willing to reconsider and, if necessary, overrule constitutional decisions, since *stare decisis* is not an inexorable command. Of these aspects, however, the second is the one on which we especially want to focus in this work. In fact, with this judgment, the Supreme Court seems to have begun a process of revision around the conception of its role and the limits within which the interpretation of the constitutional text must move, in that following the originalist doctrine. In this work, therefore, an attempt has been made to reconstruct the fundamental features of this doctrine and its repercussions on the interpretation of the Fourteenth Amendment, in particular of the *Due Process Clause*. Lastly, the problem of a possible "import" of the originalist theory into the Italian experience was addressed, examining, just to give an example, the consequences it could have on the interpretation of art. 2 of the Italian Constitution.

Parole chiave: *Dobbs*, originalismo, sovranità popolare, Quattordicesimo emendamento, diritti inviolabili

Keywords: *Dobbs*, originalism, Fourteenth Amendment, Popular Sovereignty, inalienable rights

* Articolo sottoposto a referaggio.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. La teoria originalista. 3. L'individuazione dei diritti protetti dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento. 4. La questione dell'interpretazione della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento. 5. L'importazione nell'esperienza italiana della teoria originalista e conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Rispetto a *Dobbs v. Jackson*, qui in commento, la cui risonanza è destinata, probabilmente, a farne un vero e proprio *landmark case* nella giurisprudenza della Corte, ci si può domandare se sia realmente idoneo ad inaugurare una nuova stagione di *self-restraint* all'attivismo creativo della Corte Suprema, anche rovesciando altri suoi controversi precedenti, ripristinando un più corretto rapporto tra sovranità popolare e *judicial review*.

Tre sono gli aspetti fondamentali toccati da questa pronuncia: la soluzione negativa alla *critical question ... whether the Constitution, properly understood, confers a right to obtain an abortion*,¹ la ricognizione dello *standard* che dalla Corte sono stati usati *in determining whether the Fourteenth Amendment's reference to "liberty" protects a particular right* e conseguentemente dei limiti che la Corte Suprema incontra nell'interpretare il Quattordicesimo emendamento, dovendosi tenere lontana dalla *natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy*, tendenza che ha condotto la stessa Corte, alcune volte, *to usurp authority that the Constitution entrusts to the people's elected representatives*; i termini di applicabilità del principio dello *stare decisis*, riaffermandosi che *in appropriate circumstances* la Corte deve essere disposta *to reconsider and, if necessary, overrule constitutional decisions*, poichè lo *stare decisis* «is “not an inexorable command” *Pearson v. Callahan*, 555 U. S. 223, 233 (2009)» e che lo stesso «“is at its weakest when we interpret the Constitution”, *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997)».²

Ovviamente si tratta di questioni che si implicano reciprocamente e interdipendenti, visto che la prima non può essere sciolta senza risolvere le altre due. Tuttavia ciascuna di esse presenta profili suoi propri, tali da consentirne un approfondimento separato.

La conclusione della Corte relativamente alla prima questione è, per molti aspetti, rivoluzionaria, riconoscendosi, così rovesciando la precedente giurisprudenza, che il diritto all'aborto non ha alcun fondamento costituzionale³ e che il bilanciamento fra gli interessi in competizione, quello della donna e

¹ Così *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et Al. v. Jackson Women's Health Organization, et Al.*, 597 U. S. (2022), *slip opinion*, 1.

² Rispettivamente *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 8, 14, 40 e 39.

³ In tema di diritto all'aborto, con speciale riferimento all'Italia e all'esperienza europea, senza alcuna pretesa di completezza, di fronte ad una platea di contributi dottrinali amplissima, si segnalano tra gli altri: S. Bartole, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1974; R. D'Alessio, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1975; C. Chiola, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. C.ost.*, 1975; M. Zanchetti, *La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, Padova, 1992; R. Dworkin, *Il dominio della vita*, trad. it, Milano, 1994; S. Manzin Maestrelli, *Difesa della vita e «autodeterminazione» della donna nella giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di aborto*, in *Foro it.*, IV, 1985; A. Baldassarre, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie certezze e interrogativi*, Bologna, 2001; M. Casini, *Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea*, Padova, 2001; G. Boni, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo*:

quello of the unborn human being (dell'essere umano non ancora nato) è questione inerente all'*authority of the people and their elected representatives*.⁴

La Corte Suprema infatti non ha né negato il diritto all'aborto, né affermato l'intangibilità del diritto alla vita del concepito, ma si è limitata a riconoscere che *Roe v. Wade*, 410 U. S. (1973), e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. (1992), le due precedenti pronunce che avevano affermato per la donna *a right to choose to terminate or continue her pregnancy before viability*,⁵ avevano rappresentato un *egregiously wrong* (madornale errore),⁶ perché in realtà «the Constitution does not confer a right to abortion» (*Dobbs*, *slip op.*, 1).

E tuttavia l'esplicito riconoscimento, contenuto in *Dobbs*, che in *Roe v. Wade* la Corte Suprema dell'epoca – nell'elaborare un «insieme di regole molto simili a quelle che avrebbero potuto trovarsi in una legge emanata da un legislatore» ed in special modo la suddivisione del periodo di gravidanza in trimestri, stabilendosi

annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza, in Il Diritto di Famiglia e delle Persone, 2001, XXX, Milano, 677 ss.; V. Baldini, (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, Torino, 2004; G. Costa, *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, Firenze, 2005; A. Giuli, *Inizio della vita umana individuale. Basi biologiche e implicazioni bioetiche*, Roma, 2005; R. Fattibene, M.P. Iadicicco, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Prodomo (a cura di), *La nascita. I mille volti di un'idea*, Torino, 2006, 224 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007; G. D'Amico, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale a confronto*, in C. Casonato, C. Piciocchi, P. Veronesi (a cura di), *Forum Biodiritto 2008*; C. Flamigni, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008; G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, III, 823; A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011; S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011; S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012; M. P. Iadicicco, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 settembre 2012; A. M. Rabello, D. Milani, D. Atighetchi, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino, 2013; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; L. Chieffi, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2013; M. D'Amico, *Il concepito e il diritto a nascere sani: profili costituzionali alla luce della decisione della Corte di Cassazione (n. 16754 del 2012)*, in *Rivista AIC*, 2/2014; F. Pastore, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 1/2017, 1 ss.; A. C. Rivara, E. M. Miller, *Pregnancy and immune stimulation: re-imagining the fetus as parasite to understand age-related immune system changes in US women*, in *American Journal of Human Biology*, 2017, vol. 29, n. 6; B. Sgorbati, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri. Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *Biolaw journal*, 3/2018; M. Poli, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *Biolaw journal*, 3/2018; M. D'Amico, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *Biolaw journal*, 3/2018; V. Lafarque, *Nouvelle loi relative à l'IVG: réelle nouveauté?*, in *Bulletin Juridique & Social*, n. 619, 2018, 15 ss.; A. Wery, *La réglementation de l'interruption volontaire de grossesse et le droit à libre disposition du corps, des notions incompatibles? Un examen de la législation belge au regard du féminisme radical*, Louvain, 2018; F. Poggi, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, in *Notizie di Politeia*, 133/2019; C. D'orta, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, 3/2019, 1053 ss.; M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020; M. C. Carbone, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione. Alcune osservazioni sui concorsi "riservati" a medici non obiettori*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, 1291 ss.

⁴ *Dobbs v. Jackson*, cit., *slip opinion*, 8.

⁵ Per la distinzione fra *pre and post-viability abortions*, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 163. Con "*viability*" si intende *the ability to survive outside the womb*, ossia la capacità del feto di sopravvivere fuori dal grembo materno.

⁶ *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 6, 70.

che solo alla fine del secondo trimestre, corrispondente al punto in cui si pensava che un feto raggiungesse la “*viability*”, gli «Stati avrebbero avuto un legittimo interesse a tutelare la “vita potenziale”» – si era comportata come un legislatore costituzionale, sebbene «*Roe* was “not constitutional law” at all and gave “almost no sense of an obligation to try to be”»,⁷ rimette al centro della riflessione costituzionalistica uno spinoso e controverso problema.

Problema che più frequentemente si materializza in connessione con quello di determinare quali siano i diritti costituzionalmente riconosciuti ai cittadini, menzionati o ricavabili dal testo costituzionale ovvero con quello di stabilire i parametri per individuare quei diritti che, pur non espressamente enumerati in Costituzione, debbano ugualmente ritenersi garantiti ai sensi del testo costituzionale, ma che è più ampio, identificandosi con quello che la Corte chiama «*abuse of judicial authority*»,⁸ con riferimento all’usurpazione da parte del potere giudiziario dei poteri che la Costituzione affida agli eletti del popolo. Si tratta di una questione enorme che al suo fondo richiede di verificare quale sia il *discrimen* fra la legittima attività interpretativa svolta dalle Corti costituzionali e viceversa quando questa attività trasmodi in una illegittima forma di modifica della Costituzione, riservata al legislatore.

Certo in *Dobbs* la Corte Suprema non si è spinta al fondo di questa tematica, piuttosto ponendo il *focus*, come detto, sugli *standard* che devono guidare l’interpretazione del Quattordicesimo Emendamento e tuttavia ha fornito indirettamente alcuni spunti utili all’argomento, osservando che i Giudici non devono sostituirsi al legislatore forzando il testo costituzionale, ma devono «to heed the Constitution» (dare ascolto alla Costituzione) e lasciare che le questioni nuove e controverse, non coperte da una norma costituzionale siano risolte, proprio come per «“l’ammissibilità dell’aborto, e delle limitazioni al medesimo”», «“allo stesso modo delle questioni più importanti nella nostra democrazia: per mezzo dei cittadini che cercano di persuadersi a vicenda e poi votano”».⁹

Tuttavia non vi è chi non veda come *Dobbs*, con l’aver affermato che il diritto all’aborto non è un diritto costituzionalmente garantito, abbia dimostrato in concreto come non solo la Corte suprema sia stata in grado non solo di usurpare il potere legislativo, ponendo interi ambiti normativi fuori dalla competenza legislativa ordinaria, ma anche di usurpare il potere di modifica della Costituzione, per effettuare la quale è previsto un apposito procedimento, introducendo, per via interpretativa diritti che in realtà non sono dalla stessa previsti, e così ponendo conseguentemente il problema di individuare una linea di demarcazione fra interpretazione e modifica della Costituzione.

⁷ *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 2, che cita J. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 1973, vol. 82, 920, 926, 947.

⁸ *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 6.

⁹ *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 6.

Dei tre aspetti qualificanti di *Dobbs v. Jackson* è dunque il secondo quello su cui si vuole specialmente porre l'attenzione nel presente lavoro.

Nei media *Dobbs* è stata generalmente presentata come una sentenza “politica”, con cui la Corte, costituita a maggioranza da giudici di estrazione repubblicana, avrebbe sposato il punto di vista *pro-life* sostenuto dalla stragrande maggioranza dell'elettorato conservatore.

Certo non si vuole negare che alcuni giudici che hanno concorso alla decisione siano convintamente anti abortisti e tuttavia, a parte il fatto che questa critica è la stessa che può muoversi a *Roe*, quando la Corte Suprema a maggioranza democratica quasi cinquant'anni prima ha imposto l'aborto ad una Nazione che stava aspramente confrontandosi sul suo riconoscimento, questa rappresentazione di *Dobbs* non coglie nel segno.

Vero è che *Dobbs* attinge una dimensione per così dire “politica”, ma in un senso strettamente costituzionale, sembrando che con essa la Corte abbia iniziato un percorso di revisione intorno alla concezione del proprio ruolo e dei limiti all'interno dei quali deve muoversi l'interpretazione del testo costituzionale.

Non per schivare l'accusa di politicizzazione della Corte il giudice Kavanaugh ha particolarmente insistito sull'esistenza di uno stretto parallelismo fra neutralità della Costituzione e neutralità della Corte: «Poiché la Costituzione è neutrale sulla questione dell'aborto, anche questa Corte deve essere scrupolosamente neutrale», quanto piuttosto per delineare i confini dell'intervento della Corte i cui «nove membri non eletti ... non possiedono l'autorità costituzionale per annullare il processo democratico e decretare una politica a favore della vita o dell'aborto per tutti i 330 milioni di persone negli Stati Uniti».¹⁰

2. La teoria originalista

La teoria a cui, più di ogni altra, è attualmente legato negli Stati Uniti lo sforzo di porre un freno al “creazionismo giudiziario”, in nome della *fidelity to the Constitution*, è quella originalista il cui principio cardine è quello della sovranità popolare, sostenendosi che «l'originale significato del testo costituzionale dovrebbe essere vincolante sulla base dei valori della legittimità democratica e della *rule of law*», anche in relazione al principio di separazione dei poteri, essendo stabilito che sia il popolo, attraverso un apposito procedimento, e non i giudici a modificare la Costituzione. Mentre opposta ad essa è la dottrina del *living constitutionalism* (costituzionalismo vivente) da intendere «come la famiglia delle teorie costituzionali che ... affermano che il contenuto del diritto costituzionale dovrebbe cambiare in risposta al mutare delle circostanze e dei valori»,¹¹ facendo dei giudici gli artefici di tale cambiamento.

¹⁰ *Dobbs v. Jackson*, cit., *concurring* Kavanaugh, 3.

¹¹ L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, in *Alabama Law Review*, 2022, vol. 73, n. 3, 490-491.

E se è esatto che «non c'è un solo originalismo ma ce ne sono diversi»,¹² conviene nondimeno cercare di offrire una sintesi di questa dottrina che nel suo nucleo ritiene che la superiorità della Costituzione rispetto alle altre leggi derivi «dal fatto di essere stata approvata e ratificata dal popolo degli Stati Uniti attraverso un processo “supermaggioritario”. Ragione per la quale la Costituzione dovrebbe essere interpretata «secondo il significato originario che aveva all'epoca della sua ratifica. Infatti dargli oggi un altro significato equivarrebbe a consentire ai giudici di dare efficacia ad una norma legale che non è mai stata effettivamente abbracciata e promulgata dal popolo americano. Non essendoci autorizzazione in una nazione democratica per giudici non eletti di annullare le leggi emanate dal popolo a meno che tali leggi non violino leggi superiori alle quali il popolo ha accettato collettivamente di essere vincolato».¹³

Punto di partenza di questa argomentazione sono le solenni affermazioni contenute da un lato nella Dichiarazione di Indipendenza nella parte in cui stabilisce che è il popolo americano il luogo di tutti i poteri sovrani: «Tra gli uomini sono istituiti governi che traggono i loro giusti poteri dal consenso dei governati»,¹⁴ dall'altro nel preambolo della Costituzione, in cui si proclama che è «We the People» (Noi il popolo) che ha discusso e votato la Costituzione e che ha deciso, attraverso il complesso procedimento di approvazione e ratifica, di attribuire parte del potere sovrano al governo federale, con le limitazioni e le riserve enunciate nella Costituzione stessa.¹⁵

La Costituzione si configura dunque come un atto sovrano del popolo americano che, come tale, deve il suo *status* di legge e «di legge superiore - in grado di prevalere sulle leggi ordinarie - al fatto che, nell'adottarla, una supermaggioranza del popolo americano ha scelto, attraverso un processo straordinario e più profondamente democratico, di vincolare il legislatore futuro, ordinario, rappresentativo, maggioritario a rimanere all'interno dei suoi confini».¹⁶ La Costituzione infatti riflette la sovrana volontà del popolo in un modo che le leggi non possono fare, ove si consideri che la Costituzione è il prodotto di un processo unico di deliberazione aperta e collaborativa tra maggioranza e minoranza che si differenzia nettamente dal processo legislativo ordinario. Mentre quest'ultimo è guidato dai partiti, espressione di un “maggioritarismo” che di norma si basa sulla divisione e contrapposizione, il processo

¹² O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *AIC La Lettera/07-2022 Originalismo e Costituzione*, 1, reperibile all'indirizzo: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>.

¹³ La citazione è tratta da T. B. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, in *Northwestern University Law Review*, 2013, vol. 107, n. 4, 1628, il quale peraltro è un dichiarato avversario di questa dottrina, sostenendo nell'articolo citato che proprio la singolarità dell'approvazione del Quattordicesimo Emendamento mette in crisi le teorie originaliste.

¹⁴ *The Declaration of Independence*, par. 2 (U.S. 1776). In questo senso si veda ancora T. B. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., 1631-1632.

¹⁵ Così recita il preambolo della Costituzione degli S.U. «We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America».

¹⁶ Ancora T. B. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., 1632.

costituzionale è il risultato dell'azione del popolo che si riunisce insieme per deliberare per il bene comune ed in cui la minoranza acconsente al testo finale perché riconosce di aver avuto il giusto spazio per concorrere alla deliberazione e accetta «la Costituzione qual'è scritta come l'autoritativa espressione della volontà popolare, che vincola tanto loro, quanto i loro oppositori».¹⁷

Per questo «le norme costituzionali si sono guadagnate il diritto di essere trattate come volontà suprema del popolo e di conseguenza prevalgono sulle leggi approvate attraverso l'ordinario processo politico».¹⁸

La superiorità della Costituzione è inoltre confermata dal fatto che tale Legge fondamentale espressamente prevede che possa essere modificata dal popolo solo *by employing the similarly supermajoritarian amendment procedures of Article V*,¹⁹ con la conseguenza che le leggi ordinarie, seppure approvate esse stesse dagli eletti rappresentanti del popolo non possono statuire qualcosa in contrasto con la Costituzione, mentre possono disciplinare come vogliono quelle materie che rimangono fuori dall'ambito di operatività della Costituzione.

E poiché la Costituzione rappresenta le *fundamental choices that have been made by the people* e può essere modificata solo *through the supermajoritarian ratification process*, ne derivano necessariamente due corollari. Il primo è che il compito dei giudici è quello di dare efficacia a tali scelte. Ragione per la quale «i giudici di oggi devono dare alla Costituzione lo stesso significato che aveva all'epoca della sua approvazione e ratifica. La Costituzione ha significato qualcosa quando è stata ratificata, ed è questo qualcosa che la gente ha convenuto li avrebbe vincolati».²⁰ Quando «il potere giudiziario sostituisce le proprie scelte di valore a quelle fatte dal popolo, questo fatto sovverte la Costituzione a mezzo di una usurpazione di potere», infatti «la sostituzione da parte dei giudici del nuovo significato che essi danno alle norme costituzionali al posto di quello datogli dai Padri costituenti, rimpiazza le scelte compiute dal popolo attraverso le convenzioni di ratifica della Costituzione, e questo viola l'essenziale principio di governo per consenso dei governati».²¹ Ogni «giudice deve trattare correttamente la Costituzione come legge suprema e deve far

¹⁷ K. E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, (University Press of Kansas), Lawrence, 1999, 145-149, la citazione è a p. 146.

¹⁸ K. T. Lash, *Originalism, Popular Sovereignty, and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*. 2007, vol. 93, n. 6, 1437, 1444, nota 12.

¹⁹ Si riporta per facilitare la comprensione delle affermazioni nel testo l'art. V Cost.U.S.A.: «Il Congresso, ogni volta che i due terzi delle Camere lo riterranno necessario, proporrà Emendamenti a questa Costituzione, oppure, su richiesta degli organi legislativi dei due terzi degli Stati, convocherà un'assemblea apposita per proporre Emendamenti. In entrambi i casi, gli Emendamenti saranno validi a tutti gli effetti, come parte di questa Carta costituzionale, se ratificati dagli organi legislativi di tre quarti degli Stati, o da apposite assemblee in tre quarti dei medesimi, - ché l'una o l'altra modalità di ratifica potrà essere prescritta dal Congresso - fermo restando che gli Emendamenti, apportati prima dell'anno 1808, non potranno modificare in alcun modo il primo e quarto comma della Sezione IX dell'Articolo I, e fermo restando che nessuno Stato, senza il suo proprio consenso, verrà privato del diritto ad avere un numero di senatori pari a quello degli altri Stati».

²⁰ Così riassume su quest'aspetto il pensiero originalista T. B. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., 1633.

²¹ R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, (Liberty Fund), Carmel, 1997, 2ª ed., 314 e 22-23.

rispettare la volontà della perdurante e fondamentale maggioranza democratica che ha ratificato la Costituzione»,²² dovendosi per converso rilevare come i giudici che non si ritengono vincolati al significato originario della Costituzione cerchino «attivamente di modificare il patto sociale scritto per adattarlo al loro modo di intenderlo o alla loro percezione delle attuali preferenze della società. L'attivismo giudiziario è un'usurpazione del ruolo che il potere giudiziario dovrebbe avere, e mina il ruolo che spetta a *We the People*. Solo il Popolo può modificare il testo costituzionale quando un numero sufficientemente grande (cioè una supermaggioranza) crede abbastanza fermamente che una modifica formale e scritta della carta sociale è necessaria».²³ D'altronde la Costituzione, prevedendo un apposito procedimento di revisione costituzionale, ha chiaramente cercato di assicurare «l'efficacia di una futura espressione della volontà popolare», quella che potrebbe chiamarsi «potential sovereignty», così preservando per i cittadini che sarebbero venuti dopo la capacità di fare leggi superiori nel caso in cui avessero scelto di farlo. Garanzia di “sovranià potenziale” il cui presupposto è proprio il «principio che il significato costituzionale sia determinato dai suoi autori ... Le generazioni presenti e future possono attendersi che sarà data efficacia costituzionale alla loro propria volontà costituzionale solo se sono disposte a dare attuazione alle precedenti consimili espressioni di volontà».²⁴

Dall'assoluto rispetto della volontà popolare, così come espressa dall'originario supermaggioritario processo di approvazione e ratifica della Costituzione, deriva pure, come accennato, un secondo corollario. I giudici che non si sentono vincolati al significato originario delle norme costituzionali, dando efficacia giuridica a norme “create” sulla base delle loro preferenze personali, non solo violano la Costituzione, ma anche, quando annullano una legge ordinaria, federale o statale, vulnerano la sovranità popolare che si inverte nel processo legislativo ordinario. Infatti «l'adozione di una legge da parte di un legislatore ordinario ha una pretesa molto maggiore di legittimità democratica rispetto a una regola adottata da un ristretto numero di giudici non eletti».²⁵ Per cui quando un giudice dichiara illegittima una legge ordinaria, federale o statale, sulla base di una norma che in realtà non ha alcuna base nella Costituzione, correttamente intesa, in pratica usurpa due volte la sovranità del popolo che ha ratificato la Costituzione e che, attraverso i suoi rappresentanti eletti, fa le leggi.

Peraltro la concezione originalista non poggia soltanto sul principio della sovranità popolare e della separazione dei poteri. Così, a sostegno di questa teoria è stato osservato che è del tutto coerente con il contrattualismo democratico, su cui si basa l'esperienza costituzionale degli Stati Uniti, rappresentando *a*

²² E. Meese III, *Toward a Jurisprudence of Original Intent*, in *Harvard Journal .Law. & Public Policy*, 1988, vol.11, n. 1, 10.

²³ Ad esempio E. Price Foley, *Judicial Engagement, Written Constitutions, and the Value of Preservation: The Case of Individual Rights*, in *George Mason Law Review*, 2012, vol. 19, n. 4, 909-910.

²⁴ K. E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, cit., 156.

²⁵ Così ancora la ricostruzione del pensiero originalista fatta da T. B. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, cit., 1633-1634.

form of social contract theory. Visto che «la Costituzione è stata progettata e approvata come un contratto» voluto da tutti gli americani, la stessa dovrebbe essere interpretata *as something of a legally binding contract* (come qualcosa di simile a un contratto giuridicamente vincolante).²⁶ «In una democrazia o in una repubblica (al contrario di una monarchia costituzionale o di un'oligarchia), la costituzione si pone come un contratto sociale con il quale il popolo accetta di essere vincolato dalle leggi che sono fatte secondo e in accordo con i comandi contenuti nella Costituzione».²⁷ Ciò si accorda con il fatto che «la teoria fondamentale sulla legittimazione politica negli Stati Uniti è contrattuale» ed è questa natura contrattuale che implica che si dia alla Costituzione un'interpretazione originalista. Altrimenti potrebbe verificarsi, come in effetti è accaduto e sta accadendo che «un branco di avvocati stia cambiando i termini dell'accordo, rinnegandoli per conto di una società che non li ha nominati per tale scopo».²⁸

In un'ottica utilitarista, è stato poi osservato che «l'originalismo ha il pregio di far avanzare il benessere degli attuali cittadini degli Stati Uniti, perché promuove interpretazioni costituzionali che oggi probabilmente sono destinate ad avere conseguenze migliori di quelle che derivano dalle teorie non originaliste».

Difatti il procedimento supermajoritario di adozione e modifica della Costituzione «ha molti vantaggi, tra cui promuovere il consenso e incoraggiare l'adozione di disposizioni costituzionali che siano desiderabilmente applicabili a lungo termine». In effetti solo «nell'ambiente più cooperativo» del procedimento di adozione e di modifica costituzionale i legislatori sono «maggiormente propensi a concentrarsi sugli interessi che i cittadini hanno in comune piuttosto che su quelli più ristretti dei loro partiti», deliberando norme che «per servire interessi condivisi a lungo termine sono intrinsecamente migliori delle norme emanate per servire gli immediati e più ristretti interessi del partito di maggioranza». Ne consegue che i giudici dovrebbero interpretare la Costituzione «secondo il suo significato originario» preservando da un lato i benefici che derivano da un lato dal «diffuso consenso che ha dato origine alla Costituzione»,²⁹ dall'altro dal procedimento supermajoritario di revisione costituzionale, dovendo scrupolosamente evitare di sostituire al processo di revisione costituzionale le loro preferenze, dando alle norme costituzionali un significato che non avevano e non possono avere.

²⁶ M. C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, in *Georgetown Law Journal*, 1997, vol. 85, n. 6, 1765, 1766. Nello stesso senso L. B. Tremblay, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2003, vol. 23, n. 4, 525, 553–54, osservando che le teorie originaliste basate sul contratto si fondano sull'autorità di quanti hanno ratificato la Costituzione per stabilire regole vincolanti.

²⁷ E. Meese III, *Toward a Jurisprudence of Original Intent*, cit., 8.

²⁸ F. H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, in *George Washington Law Review*, 1998, vol. 66, 1119, 1121 e nota 58;

²⁹ J. O. McGinnis, M. B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, in *Georgetown Law Journal*, 2010, vol. 98, n. 6, 1693, 1695, 1699, 1706 e 1708.

Riassumendo il fulcro dell'originalismo sta nell'idea «che il significato della Costituzione rimanga lo stesso fino a quando non venga adeguatamente modificato, ai sensi della procedura prevista dall'articolo V della Costituzione che rappresenta l'unico metodo corretto per procedere alla revisione costituzionale». Da qui due conseguenze: «che il significato di una disposizione della Costituzione è stato fissato al momento della sua promulgazione (the “Fixation Thesis”); e che il significato è vincolante per gli odierni decisori costituzionali (the “Constraint Principle”)».³⁰

Quanto poi al modo di individuare il significato originario delle disposizioni costituzionali e alla loro applicabilità al caso concreto *when original meaning runs out* (quando il significato originale è insufficiente), la dottrina originalista si è, come sopra accennato, divisa al suo interno sia sul primo aspetto sia sulla diversa spinosissima questione della distinzione fra “interpretazione” e “costruzione”. Quanto alla prima questione l'orientamento meno recente è quello elaborato da quanti affermano «che il significato della Costituzione è fissato dalle intenzioni dei *Framers* (artefici della Costituzione o, anche meglio, Padri costituenti)»; questo primo “intenzionalismo”, così detto perché pone il *focus* sulle intenzioni dei *Framers*, da alcuni anche denominato “*old originalism*”, nasce con la teoria originalista e rigorosamente inteso *requires the interpreter to determine how the adopters would have applied a provision to a given situation, and to apply it accordingly* (richiede all'interprete di determinare in che modo coloro che hanno adottato il testo avrebbero applicato una disposizione a una determinata situazione e di applicarla di conseguenza).

Tuttavia, stante l'estrema difficoltà, muovendo «dalle intenzioni potenzialmente accertabili dei singoli individui, di derivare intenti istituzionali dalle miriadi di intenzioni soggettive di tutti i membri degli organi decisionali che hanno concorso all'adozione della Costituzione», difficoltà che nella dottrina statunitense è meglio nota come “*summing problem*”, ossia «il problema di identificare e poi in qualche modo addizionare o “sommare” le intenzioni soggettive all'interno delle intenzioni collettive»,³¹ molti originalisti si sono indirizzati a sviluppare una teoria più resistente a simili obiezioni. È questo il cosiddetto “*new originalism*” a cui possono ricondursi quegli autori che sostengono che il significato del testo costituzionale non vada ricavato dalle intenzioni dei *Framers*, ma è quello «fissato dal contenuto comunicativo che tale testo trasmetteva al grande pubblico al momento della sua approvazione»,³² ossia il suo *original public meaning*

³⁰ R. E. Barnett, E. D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 2018, vol. 107, n. 1, 3-4,

³¹ R. E. Barnett, E. D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, cit., 4, 8-9, i quali così sintetizzano le citate critiche mosse all'intenzionalismo da P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 1980, vol. 60, n. 2, 204-205. L'altra grande obiezione mossa all'intenzionalismo derivava dal fatto che c'erano «notevoli prove che i Padri della Costituzione credevano che i testi legali dovessero essere interpretati senza tener conto delle intenzioni di fondo dei redattori». Così, ad esempio, L. Rosenthal, *Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation...and Parking Tickets*, in *Oklahoma Law Review*, 2007, vol. 60, n.1, 5.

³² R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 4.

(significato pubblico originale)³³ da ricavare attraverso un'indagine empirica sull'uso linguistico dei termini utilizzati.³⁴

Il che peraltro non vuol dire che, accanto a queste, non si diano *other forms of originalism*, quali, ad esempio, quella dell'*original methods originalism*, quella del *living originalism*, o quella dell'*original law originalism*.³⁵

Quanto alla seconda delle problematiche sopra accennate le posizioni degli originalisti sono ancora più variegate. Da parte di alcuni si è infatti ipotizzato che vi sarebbero due livelli di attività ricostruttiva: l'accertamento del contenuto comunicativo del testo costituzionale; la formulazione di giudizi costituzionali quando tale accertamento non riesce a dare una risposta univoca determinata, nel caso in cui il testo “è insufficiente” (*when the text “runs out”*).³⁶ La prima attività potrebbe definirsi “*constitutional interpretation*”, mentre la seconda “*constitutional construction*”. La prima individuerebbe «l'atto di scoprire il vero senso di qualsiasi forma delle parole; cioè il senso che il loro autore intendeva trasmettere; e di permettere ad altri di trarne la stessa idea che l'autore intendeva trasmettere», la seconda «l'attività di conferire efficacia giuridica al contenuto del testo, tipicamente (ma non esclusivamente) sviluppando regole di attuazione attraverso le quali il testo sarà applicato in contesti particolari».³⁷

³³ *Original public meaning* la cui idea di fondo è «che la Costituzione sia stata scritta per il pubblico usando, quando possibile, il linguaggio ordinario e limitando i termini tecnici ai soli casi in cui ciò risultasse necessario». Così L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 490.

³⁴ Cercando una sintesi fra queste due posizioni, hanno dato origine ad un secondo filone dell'intenzionalismo quegli autori che hanno continuato ad autodefinirsi “intenzionalisti”, pur se in un senso affatto diverso dai primi “intenzionalisti”. Così, ad esempio, L. Alexander, S. Prakash, *Mother May I? Imposing Mandatory Prospective Rules of Statutory Interpretation*, in *Constitutional Commentary*, 2003, vol. 20, 100 che osservano «we think that a statute's meaning (and the meaning of words and sentences more generally) is independent of whatever artificial rules that legislators and judges might create to either constrain themselves or others. In particular, we are intentionalists and believe that the meanings of words are those meanings intended by the author(s) or speaker(s)».

³⁵ L'*original law originalism* (o *positive-law originalism*) è una teorizzazione di grande interesse per la quale si rinvia al significativo lavoro di J. Pojanowski, K. C. Walsh, *Enduring Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 2016, vol. 105, 99-100, che così ne riassume i tratti: «Il particolare tipo di originalismo costituzionale che proponiamo interpreta la Costituzione come legge originaria duratura che resta fissa e autorevole fino a quando non venga legittimamente cambiata. Poiché la Costituzione è diritto, la sua adozione nel nostro ordine legale ha dato origine a un nuovo diritto. Questo diritto originario della Costituzione consisteva in tutte le disposizioni giuridiche divenute valide in virtù dell'aggiunta della Costituzione al resto del diritto allora in vigore. La forma di originalismo costituzionale che sosteniamo, quindi, è una forma di “originalismo del diritto originale”, o quella che si potrebbe chiamare la dottrina del diritto originario duratura (*enduring original-law-ism*) ... Un approccio alla Costituzione come diritto che non considera le determinazioni giuridiche della Costituzione come fisse e autorevoli mette a repentaglio i benefici che questo particolare diritto positivo offre alla nostra comunità».

³⁶ Per un tentativo di distinguere tra determinatezza, indeterminazione e sottodeterminazione nell'applicazione delle norme giuridiche L. B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, in *University of Chicago Law Review*, 1987, vol. 54, n. 2, 473, per il quale una questione giuridica ha un'unica risposta determinata «se e solo se l'insieme di risultati che possono essere ottenuti con i materiali giuridici contiene uno e un solo risultato». Una questione è indeterminata «se e solo se l'insieme dei risultati . . . che può essere ottenuto con i materiali giuridici è identico all'insieme di tutti i risultati immaginabili». Una questione è sottodeterminata «se e solo se l'insieme dei risultati. . . che può essere ottenuto con i materiali giuridici è un sottoinsieme non identico all'insieme di tutti i risultati immaginabili».

³⁷ R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 3 e 4.

Rispetto a questa ipotetica distinzione gli interpreti si sono così profondamente divisi da indurre a parlare di uno *schism among originalists*.³⁸

Per taluni infatti, tra cui alcuni fra i più importanti originalisti, tale distinzione neppure esisterebbe, derivando da un malinteso linguistico (*a linguistic misunderstanding*). Si è così osservato che i «non testualisti si sono aggrappati alla dualità del sostantivo *construction*» che «risponde sia a costruire con il significato di interpretare (*meaning 'to interpret'*) che a costruire con il significato di edificare (*meaning 'to build'*), ma che «questa presunta distinzione tra interpretazione e costruzione non ha mai riflesso l'uso effettivo dei giudici», perchè nella pratica giuridica, i termini sono sinonimi. Vero sarebbe invece che dal «germe di un'idea contenuta nelle opere teoriche di ... Francis Lieber», per via di «una falsa associazione linguistica», sarebbe nato «un campo completamente nuovo di indagine legale». ³⁹

Per altri, viceversa, tale distinzione esisterebbe in linea puramente teorica, ma non avrebbe quasi nessuna rilevanza pratica. Questa distinzione postulerebbe infatti che «la *construction* inizi solo quando termina il significato originario», sì che «tanto più denso è il contenuto comunicativo del testo, tanto minore è la necessità di entrare nella zona di costruzione». Mentre «tanto più il significato originario è “sottile”, quanto più la zona di costruzione è vasta». Senonchè sarebbe del tutto agevole rilevare che «il testo della Costituzione è abbastanza fitto da eliminare del tutto la zona di costruzione». ⁴⁰ E questo per una pluralità di ragioni: sia perché la Costituzione è scritta in quello che viene chiamato “il linguaggio della legge”, che è più denso del significato che sarebbe noto al grande pubblico ⁴¹ sia ancora perché tanto i “metodi originali” di decisione giudiziaria ⁴² quanto anche «le presunzioni interpretative che guidano il processo decisionale di fronte all'incertezza probatoria, fanno parte del significato originario del testo». ⁴³ La qual cosa è tale da privare la richiamata distinzione di qualsiasi utilità pratica, essendo marginali «i casi costituzionali che possano richiedere il ricorso a regole di decisione testualmente non specificate». ⁴⁴

Un terzo orientamento se da un lato accetta la distinzione interpretazione/costruzione, dall'altro tuttavia ritiene che una costruzione costituzionale possa considerarsi ammissibile solo se sia conforme al cosiddetto “principio di vincolo”, dovendo cioè rispettare «un vincolo di livello minimo»: in forza del

³⁸ Id., op. cit., 14.

³⁹ Si veda nell'ordine A. Scalia, B. A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, (Thomson West), St. Paul, Minnesota, 2012, 13, 15 e 13-14.

⁴⁰ Così sintetizza questa posizione dottrinale R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 15.

⁴¹ J. O. McGinnis, M. B. Rappaport, *The Constitution and the Language of the Law* in *San Diego Legal Studies Research Paper*, 2017, n. 17-262, 1325 ss.

⁴² J. O. McGinnis, M. B. Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, vol.103, n. 2, 751.

⁴³ In questo senso G. Lawson, *Dead Document Walking*, in *Boston University Law Review*, 2012, vol. 92, n. 4, 1225, 1226; M. Stokes Paulsen, *Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?*, in *Northwestern University Law Review*, 2009, vol. 103, n. 6, 857 e 859.

⁴⁴ La citazione, adattata liberamente al presente contesto, è tratta da R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 15.

quale «le dottrine del diritto costituzionale e le decisioni nelle cause costituzionali dovrebbero essere coerenti con il significato originario – fatte salve condizioni limitate ed eccezionali di risolvibilità».⁴⁵

Non è mancato infine chi ha ritenuto che il vincolo sulla costruzione possa andare «oltre il minimo di “coerenza”», sostenendo che anche l’attività di «costruzione possa essere originalista “fino in fondo”».⁴⁶

Per questa dottrina «l’originalismo non potrebbe fare a meno della distinzione interpretazione/costruzione, né gli originalisti sarebbero in grado di negare l’esistenza della zona di costruzione» e tuttavia sarebbe possibile una costruzione costituzionale interamente originalista, vale a dire una costruzione costituzionale di buona fede finalizzata ad «attuare fedelmente la Costituzione accertando e aderendo alle funzioni originarie del testo costituzionale: il suo “spirito”». Questa teorizzazione muove dall’idea che i giudici, al momento della ratifica della Costituzione, siano stati «intesi come fiduciari pubblici con compiti che seguivano quelli dei fiduciari privati». «L’assunzione volontaria della carica, accompagnata dal giuramento espresso di “difendere questa Costituzione” richiesto dall’articolo VI» dovrebbe pertanto correttamente interpretarsi come idonea a creare un rapporto fiduciario vincolante per tutti i funzionari del governo a seguire le istruzioni e ad agire in buona fede. L’ampia discrezionalità di cui godono i giudici e che a loro è stata concessa dalla Costituzione in quanto fiduciari del popolo, avrebbe perciò alla sua «base i corrispondenti doveri fiduciari». Questo implicherebbe che nel momento in cui prestano giuramento i giudici divengano «moralmente e legalmente obbligati a seguire fedelmente le istruzioni date loro nella Costituzione scritta». Pertanto per essere «fedeli a “questa costituzione”, i giudici dovrebbero esercitare il loro potere discrezionale coerentemente con la “legge suprema del paese” – sia nella lettera che nello spirito – risolvendo i casi attraverso lo spirito nel caso in cui la lettera fallisca».⁴⁷

Non è questa la sede per approfondire oltre questa problematica soltanto potendo essere interessante notare che una tale divaricazione di opinioni dipende dal fatto che molti originalisti ritengono che ammettere una zona di costruzione «dissolva la distinzione tra originalismo e costituzionalismo vivente»,⁴⁸ «perché consente agli interpreti di avvalersi della discrezione piuttosto che richiedendo loro di seguire le indicazioni fornite dall’originario processo costituzionale»,⁴⁹ legittimando un metodo di derivazione delle norme che è intrinsecamente *nonoriginalist* e che mina gravemente, se non elimina del tutto in pratica, il “*constraint principle*” che è uno degli elementi cardine dell’interpretazione originalista.

⁴⁵ L. B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, in *Notre Dame Law Review*, 2015, vol. 91, n. 1, 6–7; Id., *The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice* (13 aprile 2018), 24-25, non pubblicato in rivista, ma reperibile all’indirizzo internet <https://ssrn.com/abstract=2940215>.

⁴⁶ Orientamento sostenuto da R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 5, nota 9.

⁴⁷ È questa in sintesi la tesi di R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 5-6 e 54 da cui sono tratte le citazioni nel testo.

⁴⁸ N. Lund, *The Second Amendment, Heller, and Originalist Jurisprudence*, in *Ucla Law Review*, 2009, vol. 56, 1371.

⁴⁹ . O. McGinnis, M. B. Rappaport, *Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction*, cit., 753.

Mentre per altri l'accoglimento della distinzione interpretazione/costruzione sarebbe essenziale per elaborare una teoria originalista realmente capace, innanzitutto di resistere alle obiezioni dei sostenitori del *living constitutionalism*. Questi osservano che «per molte disposizioni costituzionali, il significato originario della Costituzione è sufficientemente aperto da essere incapace di risolvere la maggior parte dei casi concreti», essendoci «molteplici regole di decisione che risultano essere tutte coerenti con il significato originale del vago o ambiguo comando costituzionale»,⁵⁰ visto che «chiunque abbia effettivamente accompagnato un atto legislativo controverso attraverso il processo politico sa che la lingua a volte viene scelta proprio per la sua indeterminatezza». ⁵¹

In secondo luogo di rendere la teoria originalista idonea a sviluppare e fornire «ai giudici una metodologia gestibile e affidabile per disciplinare la costruzione costituzionale». ⁵²

In ogni caso dovendosi precisare che anche chi accoglie la detta distinzione mantiene un forte ancoraggio al significato originario del testo, postulando che la *constitutional construction* «né deve precedere l'interpretazione né dar luogo a una regola che contraddica il significato originario», solo così potendosi conservare *the constraining "rule of law" benefits provided by originalist interpretation – indeed by a written constitution* (i benefici vincolanti della “*rule of law*” forniti dall'interpretazione originalista – anzi da una Costituzione scritta), evitando di minare il «*rule-of-law commitment that unites all originalists*» (l'impegno a favore della *rule of law* che unisce tutti gli originalisti). ⁵³

Ed in effetti, a ben vedere, il grande merito della teoria originalista sta proprio nella difesa della sovranità popolare e del processo democratico in cui questa si inverte, il cui culmine è rappresentato dal supermajoritario procedimento di revisione costituzionale. Infatti in ordinamenti a Costituzione garantita e rigida, come quello statunitense, in cui è previsto un apposito procedimento di modifica costituzionale, deve, sia logicamente sia giuridicamente, necessariamente esistere un *discrimen* fra interpretazione/applicazione della Costituzione e sua modifica, senza di che l'attività di interpretazione potrebbe trasmodare in una tanto concreta, quanto illegittima eterointegrazione della Costituzione, visto che avverrebbe al di là e al di fuori del procedimento previsto e disciplinato dalla stessa Carta fondamentale, che ne affida la competenza e la responsabilità non ad una ristretta *élite* giudiziaria che segua i propri giudizi di valore, ma al popolo sovrano nell'esercizio di quel libero confronto di idee che è la sostanza della democrazia elettiva.

⁵⁰ T. B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 2011, vol. 99, 732.

⁵¹ L. Rosenthal, *Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation...and Parking Tickets*, cit., 1.

⁵² Per usare le parole di R. E. Barnett, E. D. Bernick, op. cit., 17.

⁵³ Parafrasando e citando ancora Id., op. cit. 14.



Discrimen che viene identificato nel significato originario del testo costituzionale e, secondo alcuni, come si è accennato, anche nello spirito che lo ha animato. E questo per la fondamentale ragione che le disposizioni della Costituzione sono dotate oggi d'autorità «non per motivi feticistici, ma perché esse sono l'incarnazione verbale di alcune decisioni collettive prese dal popolo»,⁵⁴ in forza del suo «diritto originario di stabilire, per il suo futuro governo, quei principi che, a suo avviso, saranno maggiormente idonei a condurlo alla sua propria felicità». ⁵⁵ E poiché queste disposizioni hanno la propria origine nel consenso dei governati vanno necessariamente interpretate sulla scorta di quel consenso, facendo riferimento agli scopi, agli obiettivi e alle intenzioni dei Padri costituenti e delle Assemblee che hanno proceduto alla ratifica, in modo tale che l'applicazione giudiziaria della Costituzione altro non sia che la realizzazione dell'originaria volontà del popolo.

3. L'individuazione dei diritti protetti dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento

Come per tutte le Costituzioni anche per la Costituzione degli Stati Uniti si pone la questione dei cosiddetti diritti costituzionali impliciti, ossia di quei «diritti fondamentali che non sono menzionati da nessuna parte nella Costituzione»,⁵⁶ ma che devono ritenersi in qualche modo impliciti nel testo costituzionale, essendo da questo ricavabili.

Questione che in modo del tutto particolare riguarda la *Due Process Clause* stabilita dal Quattordicesimo Emendamento che garantisce che nessuno Stato possa privare «any person of life, liberty, or property without due process of law». Soprattutto sotto quella dottrina, meglio nota come *substantive due process doctrine* che ritiene che tale clausola non abbia un valore esclusivamente processuale, ma protegga una pluralità di *substantive rights*, dato che la presenza della parola *liberty* nella clausola fornirebbe «una sufficiente autorizzazione alla Corte per incorporare specifiche disposizioni del *Bill of Rights* o per proclamare l'esistenza di non enumerati diritti costituzionali». ⁵⁷

Disposizione questa che, come si vedrà, è centrale nella *vexata quaestio* del riconoscimento o meno del diritto all'aborto a considerare che testualmente la Costituzione degli Stati Uniti «non fa esplicito riferimento ad un diritto ad effettuare un aborto (*a right to obtain an abortion*), e quindi chi sostiene che essa tuteli tale diritto deve dimostrare che il diritto è in qualche modo implicito nel testo costituzionale» (*slip opinion*, 2).

⁵⁴ M. W. McConnell, *The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's "Moral Reading" of the Constitution*, in *Fordham Law Review*, 1997, vol. 65, n. 4, 1278 nota 45.

⁵⁵ Id., op. cit., 1279, citando *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803).

⁵⁶ *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 12.

⁵⁷ L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 500.

L'individuazione delle norme che fonderebbero l'esistenza del diritto all'aborto è dunque un passaggio obbligato per qualsiasi tentativo di verificare la consistenza costituzionale di tale diritto, passaggio che in *Dobbs* tuttavia viene a porsi in termini assai peculiari in ragione del fatto che la stessa Corte nelle due già citate famosissime pronunce, *Roe v. Wade*, 410 U. S. (1973), e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. (1992), aveva ritenuto che la Costituzione conferisse *a broad right to obtain an abortion*.

Sentenze che avevano condotto la Corte, attraverso un percorso argomentativo diverso nelle due pronunce, ad affermare che era la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento la norma che avrebbe implicitamente fondato tale diritto.

Più esattamente in *Roe* la Corte aveva affermato che il diritto all'aborto sarebbe rientrato in un più ampio diritto alla *privacy* che sarebbe stato ricavabile dal primo, quarto, quinto, nono e quattordicesimo emendamento, individuando tre possibili combinazioni di queste disposizioni, senza tuttavia sceglierne alcuna. Una prima possibilità sarebbe stata quella di fondare il diritto all'aborto sulla riserva degli «altri diritti goduti dai cittadini», prevista del Nono Emendamento. Una seconda, quella di ritenere tale diritto radicato nel Primo, Quarto o Quinto Emendamento, o in una qualche combinazione di queste disposizioni, risultando “incorporato” nella *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, non diversamente da molte altre disposizioni del *Bill of Rights* che si era ritenuto fossero già state incorporate. Mentre una terza sarebbe stata quella di considerare il diritto all'aborto semplicemente come una componente della “libertà” protetta dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento. In ogni caso concludeva la Corte che «questo diritto alla *privacy*, tanto che sia fondato sul concetto di libertà personale e restrizioni all'azione dello Stato del Quattordicesimo Emendamento ... o, ... sulla riserva ... del Nono Emendamento, è abbastanza ampio da comprendere la decisione di una donna di interrompere o meno la gravidanza» (*Roe*, cit., 152-153).⁵⁸

Tuttavia in *Casey* la Corte ha abbandonato questa *unfocused analysis* fondando la sua decisione unicamente sulla tesi secondo cui il diritto all'aborto avrebbe fatto parte della “libertà” protetta dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento (*Casey*, 505 U.S., 846), sostenendo che tale diritto sarebbe stato parte integrante di un ben fondato «right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life», inverandosi nella libertà di compiere «scelte intime e personali» che sono «centrali per la dignità e l'autonomia personali», tra cui quella di mettere fine alla gravidanza (*Id.*, 505 U.S., 851).

Di qui la cennata centralità del problema relativo all'individuazione dei diritti implicitamente protetti dalla *Due Process Clause*. Per vero nel corso del giudizio qui in commento i resistenti avevano ipotizzato che il diritto all'aborto avrebbe potuto trovare sostegno anche nella *Equal Protection Clause*, prevista anch'essa

⁵⁸ Per questa ampia ricostruzione di *Roe v. Wade*, *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 9-10.

dal Quattordicesimo Emendamento. Tesi questa che, però, è stata recisamente respinta dalla Corte, osservando che «la regolamentazione dell'aborto da parte di uno Stato non è una classificazione basata sul sesso e quindi non è soggetta al “controllo più intenso” (“*heightened scrutiny*”) che si applica a tali classificazioni. Il regolamento di una procedura medica a cui può essere sottoposto solo un sesso non innesca un più intenso controllo costituzionale a meno che il regolamento non sia un “semplice pretesto destinato a effettuare un'invidiosa discriminazione nei confronti dei membri di un sesso o dell'altro”». Cosa che è da escludere nel caso dell'aborto con riguardo al quale la Corte ha costantemente affermato che «l'obiettivo di prevenire l'aborto non costituisce “malanimo odiosamente discriminatorio” nei confronti delle donne» (*majority opinion*, 10-11).

Neppure, secondo la Corte, esisterebbe un *entrenched right* (ben fondato diritto), come sostenuto in *Casey*, «to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life» di cui l'aborto sarebbe parte. E questo per la fondamentale ragione che un tale diritto in nessun caso potrebbe considerarsi assoluto, dato che se è vero che «gli individui sono certamente liberi di pensare e di dire ciò che desiderano sull'“esistenza”, sul “significato”, sull'“universo” e sul “mistero della vita umana”», non è men vero che «non sempre sono liberi di agire in accordo con quei pensieri». Infatti se anche l'«agire sulla base di tali convinzioni può corrispondere a una delle tante concezioni di “libertà”», non è né automatico, né è dimostrato che una tale libertà sia una «“libertà ordinata”». Né un siffatto preteso diritto troverebbe alcun fondamento nei precedenti della Corte perché l'argomentazione che gli stessi fonderebbero «un più ampio diritto all'autonomia» e «a fare “scelte intime e personali”», tra cui l'aborto, «provverebbe troppo». L'ordinata libertà implica lo stabilire dei limiti e il definire i confini della libertà di ciascuno e degli interessi in competizione, mentre il riconoscimento di un siffatto diritto, «ad un alto livello di generalizzazione, potrebbe autorizzare quali diritti fondamentali l'uso illecito di droghe, la prostituzione e simili» (*majority opinion*, 30-31 e 32).

Affermazione sulla cui rilevanza si tornerà *infra* perché appare idonea a sostenere una profonda riconsiderazione «of the same constitutional fabric», (della medesima fabbrica costituzionale), che, sotto l'ombrello della tutela «dell'autonomia decisionale rispetto alle scelte più personali della vita»,⁵⁹ è in grado di far riconoscere come costituzionale qualsiasi diritto la Corte ritenga tale.

In *Dobbs* dunque il problema dei diritti costituzionali impliciti è focalizzato su quelli eventualmente protetti dal Quattordicesimo Emendamento e tuttavia il *test* utilizzato dalla Corte appare ugualmente di grandissima importanza proprio ai fini di precisare il *discrimen* che separa una corretta interpretazione costituzionale, da una abusiva usurpazione della sovranità popolare.

⁵⁹ Le espressioni utilizzate sono tratte dalla *dissenting opinion* che ovviamente attribuisce a tale *constitutional fabric* (traducibile anche come edificio costituzionale) una valenza positiva. Cfr.: *Dobbs v. Jackson*, cit., *dissenting opinion*, 5.

Preliminarmente deve tuttavia notarsi che nel presente caso la Corte non ha inteso discostarsi dalla sua precedente *substantive due process jurisprudence*, evitando di affrontare il controverso problema di una riconsiderazione della *substantive due process doctrine*, essendo da molti contestato, in particolare proprio dalla giuspubblicistica originalista, che una disposizione costituzionale che garantisce solo il “processo” prima che una persona venga privata della vita, della libertà o della proprietà possa essere interpretata nel senso di fondare il riconoscimento di un indefinito numero di *substantive rights* (sul punto *infra*).

Muovendo dai suoi precedenti la Corte ha comunque ritenuto che la *Due Process Clause* protegga «due categorie di diritti sostanziali. La prima costituita dai diritti garantiti dai primi otto emendamenti. Tali emendamenti originariamente si applicavano solo al governo federale, ... ma questa Corte ha ritenuto che la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento “incorporasse” la grande maggioranza di tali diritti e quindi li rendesse ugualmente applicabili agli Stati. La seconda categoria ... comprendente un elenco selezionato di diritti fondamentali che non sono menzionati da nessuna parte nella Costituzione» (*majority opinion*, 11-12), tra cui appunto il preteso diritto all’aborto.

Per la Corte il fondamentale *test* per decidere se un diritto rientri in una di queste categorie, va dunque individuato, in linea con alcuni suoi precedenti,⁶⁰ nella rigorosa verifica del se il diritto di cui si fa questione «sia “profondamente radicato nella [nostra] storia e tradizione” e se sia essenziale per lo “schema di libertà ordinata” della nostra Nazione», essendo a tale scopo necessaria «un’attenta analisi della storia del diritto in questione» (*majority opinion*, 12).

Vale a dire che se il diritto in questione, all’atto della ratifica del Quattordicesimo Emendamento (1868), risultava radicato nell’*idem sentire* del popolo americano, nell’esperienza di vita, nella società e nella cultura americana, trovando riscontro anche nella legislazione, allora si dovrebbe ammettere che tale diritto rientri nell’ambito di operatività della predetta norma costituzionale. Diversamente si forzerebbe il dettato di tale norma, utilizzandolo strumentalmente per dare ingresso in Costituzione a diritti che sono estranei al contesto e alla volontà dei *Ratifiers* (ratificatori) e dunque costituiscono una impropria modifica della Costituzione.

La storia diventa così fondamentale per una corretta interpretazione costituzionale, anche perchè, come osserva la Corte, il termine “libertà” contenuto nella *Due Process Clause* «da solo fornisce poche indicazioni», visto che sono stati «catalogati 200 diversi sensi in cui tale termine è stato utilizzato» e, citando «Lincoln: “Noi tutti ci dichiariamo a favore della Libertà; ma usando la stessa parola non intendiamo tutti la stessa cosa”» (*majority opinion*, 13-14).

⁶⁰ Vengono indicati nell’ordine *Timbs v. Indiana*, 586 U. S. *slip opinion* 3, (2019); *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 764, 767 (2010); *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997) e inoltre, in nota, *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 148 (1968), laddove impone di chiedersi «se “un diritto sia tra quei principi fondamentali di libertà e giustizia che stanno alla base delle nostre istituzioni civili e politiche”»; e *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937), richiedendo «un “principio di giustizia così radicato nelle tradizioni e nella coscienza del nostro popolo da essere considerato fondamentale”».

Soltanto guidata «dalla storia e dalla tradizione che mappano le componenti essenziali del concetto di libertà ordinata della nostra Nazione», l'interpretazione del Quattordicesimo Emendamento può risultare orientata ad «evitare che la “libertà” protetta dalla *Due Process Clause* venga sottilmente trasformata nelle preferenze politiche dei membri» della Corte (Id., 14).

Si tratta dunque di un *test* la cui essenza va colta nella sua idoneità a costruire appropriati limiti all'attività interpretativa ogniqualvolta venga richiesto alla Corte «di aprire nuovi orizzonti» in «un campo (così) insidioso», come quello dei diritti impliciti nella *Due Process Clause*, tali da poterla condurre «ad usurpare l'autorità che la Costituzione affida agli eletti del popolo» (Id., 14).

Molte tuttavia sono state le critiche rivolte a questo *test* che materializza quello che è stato definito «il postulato legale fondamentale della maggioranza» dei giudici della Corte, vale a dire che nel 21° secolo si debba «leggere il Quattordicesimo Emendamento proprio come hanno fatto i Ratificatori», risultando decisivo per il riconoscimento del diritto all'aborto chiedersi se «il diritto riproduttivo affermato in *Roe e Casey* esisteva nel “1868, anno in cui fu ratificato il Quattordicesimo Emendamento”» (*dissenting opinion*, 14 e 13).

Approccio che rifletterebbe l'adesione della Corte «a una nuova “scuola dottrinale”» (n. b. quella originalista) il cui affermarsi avrebbe come principale conseguenza quella di far sì che «le protezioni costituzionali» garantite dalla Corte nel passato sarebbero oggi «appese a un filo» (Id., 60).

Infatti ben diversamente da quanto questo *test* mirerebbe a verificare si dovrebbe invece «riconoscere che la “tradizione” costituzionale di questo Paese non può essere catturata per intero in un solo momento. Piuttosto, il suo significato trae contenuto dal lungo avanzarsi della nostra storia e dai successivi precedenti giudiziari, ciascuno dei quali guarda all'ultimo e cerca di applicare gli impegni più fondamentali contenuti nella Costituzione alle nuove condizioni» (Id., 18).

Il continuo progresso della società, i profondi cambiamenti all'interno di essa escluderebbero che il Quattordicesimo Emendamento possa «essere definito in maniera più circoscritta, con riferimento centrale a specifiche pratiche storiche» (Id., 17), ossia «[le] pratiche specifiche degli Stati al momento» della sua adozione. Pratiche che per la loro lontananza nel tempo non possono contrassegnare «i limiti esterni della sfera sostanziale della libertà che il Quattordicesimo Emendamento protegge» (Id., 18).

D'altronde «i Padri fondatori sapevano che stavano scrivendo un documento progettato per applicarsi a circostanze in continua evoluzione nel corso dei secoli», perché come scriveva John Marshall «la nostra Costituzione è “destinata a durare per i secoli a venire” e deve adattarsi a un futuro “visto confusamente”, se non affatto». Per questo «i Framers (sia nel 1788 che nel 1868)», avendo compreso che il mondo cambia, non definirono «i diritti in riferimento alle pratiche specifiche all'epoca esistenti», ma li definirono «in termini generali, per consentire la loro evoluzione futura nella portata e nel significato» (Id., 16).

Ragione per la quale le disposizioni costituzionali vanno applicate «in modi nuovi, rispondendo alle nuove concezioni e condizioni della società». La Costituzione infatti non ha congelato «per sempre la visione originaria di ciò che questi diritti garantiscono, o di come si applicano» (Id., 16-17).

L'ovvia constatazione che «libertà e uguaglianza possono evolversi pur rimanendo radicate nei principii costituzionali, nella storia costituzionale e nei precedenti costituzionali» (Id., 16-17), dovrebbe condurre pertanto a respingere «il metodo della maggioranza attuale» (Id., 18).

Senza considerare che tale metodo non è mai stato seguito nel passato dalla stessa Corte, come dimostrato da numerosi precedenti, quali proprio *Roe* e *Casey*, e *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) (diritto delle persone sposate ad ottenere contraccettivi); *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) (diritto di compiere in privato atti sessuali consensuali); and *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015) (diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso).

Lo stesso diritto costituzionale «per decenni e decenni ha proceduto diversamente. Ha considerato i principii costituzionali fondamentali, l'intero corso della storia e delle tradizioni della Nazione e l'evoluzione graduale dei precedenti della Corte», e, basandosi «su giudizi accumulati, non solo sui sentimenti di una generazione di uomini molto tempo fa», ha incluso quei diritti che erano «esclusi da quella vecchia formulazione, piuttosto che perpetuarne i limiti» (Id., 29).

Test che infine condurrebbe a conclusioni abberranti. «Poiché le leggi del 1868 privavano le donne di qualsiasi controllo sui loro corpi», il *test* adottato dalla Corte consente che gli Stati possano farlo oggi. «Poiché quelle leggi impedivano alle donne di tracciare il corso della propria vita», il *test* ammette che «gli Stati possono fare di nuovo la stessa cosa. Poiché nel 1868 il governo poteva dire a una donna incinta, anche nei primi giorni di gravidanza, che non poteva fare altro che partorire», il *test* conduce a che si possa «imporre ancora una volta quel comando» (Id., 29).

Come si vede si tratta di molteplici obiezioni che tuttavia si riducono ad una sola idea di fondo: che la Costituzione vada interpretata in base ai mutamenti sociali ed in accordo con essi. Idea che costituisce il nocciolo del *living constitutionalism* ed il cui maggior difetto sta nel condurre a negare qualsiasi limite all'interpretazione che i giudici possono dare della Costituzione, *de facto et de iure* ammettendo una surrettizia via giudiziaria alla modifica della Costituzione.

Non a caso la Corte ribattendo a queste obiezioni ha osservato che sostenere che «la “tradizione costituzionale” “non viene catturata per intero in un solo momento” e che il suo “significato trae contenuto dal lungo percorso della nostra storia e dai successivi precedenti giudiziari», in realtà «non impone alcuna chiara restrizione ... “al crudo esercizio del potere giudiziario”», risultando uno *standard* «dalla portata in gran parte illimitata», dal quale non è possibile discernere «un qualsiasi reale vincolo» alla ricognizione dei diritti costituzionalmente garantiti (*majority opinion*, 36-37).

D'altronde anche ad ammettere che «la maggior parte delle donne nel 1868» non aveva una visione chiara dei propri diritti; che la maggior parte degli uomini non immaginava neppure di poter riconoscere «alle donne il controllo sul proprio corpo»; che la maggior parte delle donne non aveva alcuna coscienza di poter «avere quel tipo di autonomia»; che gli autori della Costituzione originaria, e del Quattordicesimo Emendamento, non percepivano le donne come uguali agli uomini e non riconoscevano i diritti delle donne e che invece oggi la concezione del ruolo della donna è completamente cambiato, ammettendosi che essa debba partecipare, in modo del tutto uguale agli uomini, «alla vita della Nazione, in tutti i suoi aspetti economici, sociali, politici e legali» (*dissenting opinion*, 15 e 24), quel che rimane non spiegato nel *living constitutionalism* e nelle critiche al *test* utilizzato dalla Corte, è il perché questo profondo cambiamento sociale dovrebbe generare nuovi diritti senza l'intermediazione del legislatore (ordinario) e a livello costituzionale senza la necessaria modifica della Costituzione. Certo è del tutto esatto che i diritti, ricorrendo certe condizioni, possono trovare fondamento anche in una sentenza dell'autorità giudiziaria, ma questo a livello costituzionale si scontra con il fatto che l'attività di interpretazione non può trasmodare in quella di modifica/revisione della Costituzione.

D'altronde nessun dubbio può esservi sul fatto che in *Roe* la Corte si sia comportata come un legislatore le cui norme si sono imposte come diritto costituzionale.

Come osserva oggi la Corte, prima che nel 1973 con *Roe* venisse affermato il diritto all'aborto «nessuna disposizione costituzionale o legge statale, nessun precedente giudiziario federale o statale, nemmeno un trattato accademico» riconosceva tale diritto e anzi «alla fine degli anni '50 almeno 46 Stati proibivano l'aborto “comunque e in qualsiasi momento venisse effettuato”, tranne, se necessario, per salvare “la vita della madre” e ... nel 1973 leggi simili erano ancora in vigore in 30 Stati» (*majority opinion*, 35).

Conseguentemente la Corte, per rendere effettivo il diritto all'aborto da lei stessa affermato, si vide letteralmente costretta ad “inventare” la regola che tale pratica potesse essere proibita solo dopo che il feto fosse in grado di sopravvivere da solo fuori dal grembo materno (*viability*), ossia dopo la ventiquattresima settimana, dato che all'epoca nessuno aveva sostenuto che la “*viability*” avrebbe «dovuto segnare il punto in cui l'ambito del diritto all'aborto e l'autorità di regolamentazione di uno Stato avrebbero dovuto essere sostanzialmente trasformati» (Id., 47).

Più esattamente, come viene osservato, la Corte impose all'epoca, «senza alcun fondamento nel testo costituzionale, nella storia o nei precedenti, ... all'intero Paese un insieme dettagliato di regole ... dividendo la gravidanza in tre trimestri». Nel primo trimestre la decisione di abortire e la sua attuazione sarebbe stata rimessa alla gestante sentito il giudizio del suo medico curante. Nel secondo l'interesse statale a regolamentare l'aborto per il bene della salute della donna gli avrebbe consentito di disciplinarlo «in modo ragionevolmente correlato alla salute materna», senza tuttavia poterlo vietare. Solo nel terzo

trimestre «l'interesse dello Stato per “la potenzialità della vita umana”» gli avrebbe permesso di «regolamentare, e persino vietare, l'aborto tranne quando sia necessario, secondo un appropriato giudizio medico, per la conservazione della vita o della salute della madre». ⁶¹ Vale a dire impose uno schema di regole in tutto «simili a quelle che ci si potrebbe aspettare di trovare in una legge o in un regolamento» (Id., 46).

Evidente dunque come la Corte in *Roe*, abbia svolto un'attività materialmente legislativa, rispetto alla quale l'impostazione dei giudici oggi dissenzienti (e quella del *living constitutionalism*) non mostra alcuna perplessità di ordine costituzionale, laddove invece tale attività tende a sostanzinarsi, come pure è stato osservato, in una «imposizione sfrenata delle proprie preferenze extracostituzionali di valore» ⁶² da parte dei giudici della Corte suprema, peraltro, nel caso di specie, avendo dato ingresso a livello costituzionale ad «un insieme di norme e regolamenti sanitari» che «nessuno storico, né profano, né avvocato» avrebbe potuto mai ritenere «facciano parte ... della Costituzione». ⁶³

Ragione per la quale le critiche mosse al *test* utilizzato in *Dobbs* per verificare quali siano i diritti implicitamente protetti dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento non sembrano cogliere nel segno, visto che condotte alle naturali conseguenze tendono ad azzerare qualsiasi differenza fra interpretazione ed emendazione della Costituzione, ammettendone una amplissima modifica giudiziaria.

D'altronde è tipico del *living constitutionalism* una forte svalutazione del principio della sovranità popolare, così come emerge anche dall'opinione dei giudici dissenzienti, i quali dopo aver ribadito che «lo scopo di un diritto è proteggere le azioni e le decisioni individuali dalle vicissitudini della controversia politica, mettendole fuori dalla portata delle maggioranze e dei funzionari e stabilire i principii giuridici che devono essere applicati dai giudici», affermano, con riferimento al diritto all'aborto, che «however divisive, a right is not at the people's mercy (per quanto divisivo, un diritto non è alla mercé del popolo)» (*dissenting opinion*, 32).

Certo è chiaro che i giudici dissenzienti hanno inteso riferirsi al fatto che il negare carattere costituzionale al diritto all'aborto lo avrebbe rimesso al centro del confronto politico, ma l'espressione è davvero infelice, ove, peggio, non tradisca una concezione che vede nei giudici e non nel popolo e nei suoi legittimi rappresentanti, il motore di una modifica/adequamento della Costituzione. Nessun diritto è alla mercé del popolo, è il popolo che, di norma attraverso i suoi rappresentanti, è la fonte dei diritti. E questo vale sia per i diritti stabiliti dal legislatore federale e statale sia, in special modo, per i diritti costituzionali la cui

⁶¹ Così *Dobbs v. Jackson*, cit., *majority opinion*, 46, citando testualmente *Roe*.

⁶² *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), 794, così il giudice White nella sua *dissenting opinion*.

⁶³ A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, (Oxford University. Press), New York, 1976, 113-114.

“superiorità”, vale a dire la cui sottrazione al normale confronto maggioranza-opposizione, dipende essenzialmente dal fatto che sono stati voluti e consentiti dal popolo, con un complesso processo di approvazione e/o modifica costituzionale, che ha richiesto un “supermaggioritario” consenso popolare, e che solo utilizzando quel medesimo processo possono essere modificati, sostituiti, ampliati nel loro numero o cancellati.

All’opposto è il riconoscere come costituzionale un diritto non previsto dalla Costituzione che priva il popolo della possibilità di confrontarsi sul se ed in che termini riconoscere un tale diritto, capovolgendo la logica democratica, visto che è il popolo, indirettamente a mezzo dei propri rappresentanti o direttamente a mezzo di apposite assemblee, e non i giudici la fonte del patto costituzionale e dei diritti che questo patto riconosce.

Senza contare che, potendo essere, ai sensi dell’articolo V,⁶⁴ il procedimento di modifica della Costituzione laborioso e di lunga durata, il riconoscimento da parte della Corte suprema di un diritto come costituzionale, solleva la parte politica o la corrente filosofico-sociale che preme per il suo riconoscimento, dall’onere di attivare il procedimento di revisione costituzionale, scaricando sulla parte politica avversa di doverlo azionare, ove voglia reagire, per eliminarlo, approvando un apposito emendamento. E questo in palese contrasto con la logica dell’art. V della Costituzione che stabilisce che sia chi vuole modificare la Costituzione che deve conquistare una larghissima adesione, all’interno del grande pubblico, affinché la modifica sia validamente effettuata.

Quello dell’«usurpazione» del “potere” dei legislatori statali di affrontare una questione pubblicamente contestata», non è dunque un inutile «ripetuto ritornello (repeated refrain)», come dicono i giudici dissenzienti (Id., 32), ma un argomento di notevole rilevanza giuridica che impone l’individuazione di un *test* per verificare quali diritti siano realmente impliciti nella Costituzione.

Obiettivo rispetto al quale la verifica del se il diritto di cui si discute «sia “profondamente radicato nella [nostra] storia e tradizione” e se sia essenziale per lo “schema di libertà ordinata” della nostra Nazione», appare del tutto congruo rispetto alla necessità di scriminare il punto in cui l’attività di applicazione/interpretazione della Costituzione, travalica in una illegittima usurpazione del potere di modifica della Costituzione stessa.

E a ben vedere l’accusa fatta dai Giudici dissenzienti alla maggioranza della Corte di aver «annullato *Roe* e *Casey* per un solo motivo: perché le ha sempre disprezzate e ora ha i voti per rovesciarle» (Id., 33), appare largamente infondata, visto che proprio queste due pronunce sono davvero un *egregiously wrong*, ove si consideri che con esse la Corte suprema ha cancellato qualsiasi distinzione fra interpretazione e modifica del diritto derivante dalla Costituzione, trasformandosi illegittimamente in *Roe* in un legislatore

⁶⁴ Per il testo dell’art. V Cost.U.S.A. si rimanda *supra* alla nota 18.

costituzionale e divenendo in *Casey* autoreferenziale, avendo confermato *Roe* senza minimamente valutare se il diritto riconosciuto da codesta ultima pronuncia fosse realmente implicito o meno in Costituzione. E l'osservazione che «*Roe* e *Casey* siano state il prodotto di un profondo e continuo cambiamento nei ruoli delle donne nell'ultima parte del 20° secolo» (Id., 46), non cambia davvero nulla circa la valutazione della legittimità dell'operato della Corte suprema e conseguentemente di queste due pronunce, perché i diritti costituzionalmente garantiti non sono quelli che la Corte, con una attività palesemente creativa ritiene tali, ma quelli che il popolo con procedimento costituzionale ha voluto riconoscere come tali, sottraendoli al normale confronto politico, dando così ad essi una stabilità superiore, visto che, secondo la Costituzione, possono essere modificati solo con lo stesso procedimento “supermaggioritario”, connotato dalla manifestazione di un larghissimo consenso sia a livello federale sia a livello statale.

4. La questione dell'interpretazione della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento

Ma se l'utilizzazione del sopra indicato *test* ha costituito un bel passo avanti nel contrastare quella tendenza che ha condotto la dottrina statunitense ad affermare che a far data dai primi anni cinquanta (del secolo scorso), il *judicial review* non sia più consistito «nell'accertare ed applicare la legge» al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, avendo piuttosto acquisito caratteri fortemente politici, tanto da trasformarsi in una «variante del potere legislativo»,⁶⁵ non ha ancora affrontato la vera questione che è alla base di una parte consistente del “creazionismo” giudiziario in tema di diritti, ossia l'interpretazione della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento.

Questione che non ha costituito oggetto di discussione perché, come osserva il giudice Thomas, da un lato il riconoscimento o meno del diritto all'aborto sconta un'evidente unicità, in quanto l'aborto distrugge quella che *Roe* e *Casey* chiamavano “vita fetale” e che la legge oggetto di *Dobbs* descrive come un “essere umano non nato”, sì che nessun altro diritto precedentemente affermato dalla Corte appare coinvolto nel presente caso, dall'altro perché «nessuna Parte del giudizio ci ha chiesto di decidere “se tutta la nostra giurisprudenza circa il Quattordicesimo Emendamento debba essere preservata o rivista”» (*concurring* Thomas, 3).

Interpretazione che attualmente è improntata alla già ricordata *substantive due process doctrine* e che la Corte, per le ragioni appena accennate, non ha inteso riconsiderare, omettendo qualsiasi valutazione sulla sua precedente *substantive due process jurisprudence*.

Substantive due process doctrine secondo la quale la parola *liberty* contenuta nella *Due Process Clause* di per sé sola consentirebbe alla Corte di incorporare specifiche disposizioni del *Bill of Rights* o di affermare

⁶⁵ S. L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, (Holt, Rinehart and Winston), Toronto, 1978, 3 ss.

l'esistenza di non enumerati diritti costituzionali, con ciò determinando un uso espansivo di tale clausola, senza che venga ritenuto rilevante che detto uso risulti fondato su alcun serio tentativo di discernere il significato della frase “*due process of law*”.

Si tratta di una dottrina che è un tipico prodotto del *living constitutionalism* e per la quale, come è stato acutamente osservato, «il significato della frase “*due process of law*” è semplicemente irrilevante», come peraltro dimostrato da tutta la «*substantive due process jurisprudence* (che) non si basa su alcuna teoria circa il significato effettivo» di tale frase.⁶⁶

La *substantive due process doctrine* si appalesa dunque come uno dei più solidi fondamenti del “creazionismo” giudiziario, assumendo «che il “significato” della clausola del “*due process of law*” debba semplicemente intrecciarsi con le nostre convinzioni sulla giustizia e l'equità», trovando fertile *humus* nell'approccio di Ronald Dworkin per il quale «il significato del testo costituzionale è una funzione della filosofia morale».⁶⁷

Interpretazione questa della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento – che ha condotto al riconoscimento di una pluralità di “nuovi” diritti, quali, ad esempio, «il diritto delle persone sposate ad ottenere contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 1965); il diritto di compiere in privato atti sessuali consensuali (*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558, 2003); e il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644, 2015) – e che ovviamente è radicalmente contestata dall'indirizzo originalista per una pluralità di ragioni.

In primo luogo perché «“manca di una qualsiasi base nella Costituzione”». Anzi «rimarcabili prove storiche indicano che il “*due process of law*” richiedeva semplicemente agli agenti dell'esecutivo e del giudiziario di conformarsi agli atti legislativi e al diritto comune quando privavano una persona della vita, libertà o proprietà» ovvero «proibiva ai legislatori “di autorizzare la privazione della vita, della libertà o della proprietà di una persona senza garantirgli le procedure consuetudinarie a cui gli uomini liberi avevano diritto in forza della vecchia legge inglese”» (*concurring* Thomas, 1-2).

Ed anche ad aderire alla tesi che la frase “*due process of law*” vada intesa in un senso assai ampio riferendosi «da parola “processo” alle procedure legali in generale ed esprimendo il vocabolo “dovuto” la sottoposizione al principio di legalità»⁶⁸ (*legal procedures theory*), non vi è chi non veda come «la *Due Process Clause* al massimo garantisca il processo» (*concurring* Thomas, 2).

Secondariamente perché «il significato di parole e frasi è funzione dei fatti linguistici; i significati derivano da modelli di utilizzo coerenti. Il significato nel senso di contenuto comunicativo è un fatto, non un valore», dovendosi pertanto escludere che possa configurarsi come una funzione della filosofia morale.

⁶⁶ In proposito L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 500.

⁶⁷ Id., op. ult. cit., 488. In proposito R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, (Oxford University Press UK), Oxford, 1996, 2-3.

⁶⁸ L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 496 e 528.

L'idea che la *Due Process Clause* «vieti al governo di violare in ogni caso determinati fondamentali interessi di libertà»,⁶⁹ definendo dei diritti in senso sostanziale, a prescindere da qualsiasi riferimento al giusto processo ivi previsto, «mette a dura prova la credulità anche per l'utente più occasionale delle parole» (*concurring* Thomas, 2).

In terzo luogo perché «oltre ad essere un'interpretazione palesemente errata ... , la “finzione legale” della *substantive due process* è “particolarmente pericolosa”», visto che: 1) «esalta i giudici a spese del Popolo da cui derivano la loro autorità», giudici che «divinano nuovi diritti in linea con “le proprie preferenze di valore extracostituzionali”, annullando le leggi statali che non si allineano con le garanzie create dal potere giudiziario»; 2) «distorce altri ambiti del diritto costituzionale. Ad esempio, una volta che questa Corte ha identificato un diritto “fondamentale” per una classe di individui, si invoca la *Equal Protection Clause* per esigere un esame accurato delle leggi che negano il detto diritto ad altri ... Le classificazioni legislative che implicano alcuni diritti “non fondamentali”, nel frattempo, ricevono solo una revisione superficiale»; 3) «è spesso usata per “fini disastrosi”», come nel caso di *Roe e Casey*, in forza delle quali «sono stati eseguiti più di 63 milioni di aborti ... Il danno causato dalle incursioni di questa Corte nella *substantive due process* rimane incommensurabile» (*concurring* Thomas, 4-7).

Da quanto appena detto è peraltro agevole comprendere come il rovesciamento della *substantive due process* potrebbe avere conseguenze davvero significative, perché se la «*Due Process Clause* does not secure any substantive rights», allora tutti i diritti sostanziali in precedenza riconosciuti dalla Corte in forza di questa disposizione potrebbero essere rimessi in discussione e tra questi, per richiamare i precedenti esempi, «il diritto delle persone sposate ad ottenere contraccettivi; il diritto di compiere in privato atti sessuali consensuali; e il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso» (*concurring* Thomas, 2-3).

La questione dell'interpretazione della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento sarà dunque un fondamentale banco di prova per comprendere sin dove la Corte suprema vorrà spingersi nell'affermare che «il significato del testo costituzionale è il suo significato originario e che tale significato è vincolante» e che i giudici della Corte Suprema devono autolimitarsi, precludendosi di «rovesciare il testo costituzionale sotto l'apparenza dell'interpretazione».⁷⁰

In dottrina peraltro è un problema già ampiamente dibattuto quello del se i giudici che si ispirano alla teoria originalista ed in particolare la Corte suprema, debbano continuare a seguire «i consolidati precedenti che non sono coerenti con il significato originario della *Due Process of Law Clause*» e nel caso di risposta negativa come dovrebbero i predetti giudici gestire «il ritorno al significato originario» di detta clausola.⁷¹

⁶⁹ Id., op. ult. cit., 488.

⁷⁰ Id., op. ult. cit., 490.

⁷¹ Id., op. ult. cit., 531.



In merito si sono individuati due possibili approcci: quello cosiddetto del “*faint-hearted originalist*”, ossia dell’originalista pusillanime⁷² e quello del “*lion-hearted originalist*” e cioè dell’originalista cuor di leone. Il primo sarebbe connotato dalla tendenza a preservare «la norma legale esistente creata» dal precedente, conservando il significato originale della disposizione costituzionale di riferimento nella misura in cui tale significato risulti coerente con il precedente esistente. Il secondo invece si caratterizzerebbe per l’adesione incondizionata al «testo costituzionale, anche quando sia in contrasto con la dottrina costituzionale supportata da molti precedenti nel corso di diversi decenni».⁷³

Per questo secondo approccio infatti il principio dello *stare decisis* non si estenderebbe a proteggere «decisioni al di fuori del regno di una interpretazione ammissibile», perché ove ciò facesse eleverebbe «decisioni manifestamente errate (*demonstrably erroneous decisions*) al di sopra del testo della Costituzione e di altra legge federale debitamente emanata».⁷⁴

Ovviamente da *Dobbs* non è ricavabile alcun elemento per indurre ad ipotizzare un’adesione al primo o al secondo tipo di approccio, solo potendosi osservare che la Corte non ha ritenuto il principio dello *stare decisis* un ostacolo insormontabile per un mutamento della propria giurisprudenza, avendo riaffermato che «in appropriate circumstances we must be willing to reconsider and, if necessary, overrule constitutional decisions», poiché il predetto principio «is “not an inexorable command”» e le pronunce della Corte possono essere rovesciate quando vanno «fuori strada», integrando un *egregiously wrong* (concetto non distante da quello di *demonstrably erroneous decisions*) e il Paese risulta «bloccato dalla decisione sbagliata a meno che non correggiamo il nostro errore» (*majority opinion*, 40).

Dovendosi peraltro escludere che un eventuale ribaltamento della *substantive due process* possa comportare automaticamente il disconoscimento di eventuali diritti non direttamente menzionati dalla Costituzione, ma già riconosciuti dalla Corte suprema, perché nella prospettiva originalista le questioni relative all’esistenza di diritti impliciti, se non sono riferibili alla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, dovrebbero nondimeno ricondursi al Nono Emendamento oppure alla *Privileges or Immunities Clause* del Quarto Emendamento.

5. L’importazione nell’esperienza italiana della teoria originalista e conclusioni

Nella dottrina italiana, commentando *Dobbs*, è stato osservato che si ha come «l’impressione che l’argomento originalista non sia altro che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili. La scelta di superare i propri

⁷² Così si definiva A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, n. 57, 864.

⁷³ L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 531-532.

⁷⁴ *Gamble v. United States*, 139 S. Ct. 1960, 1981 (2019) (*concurring Thomas*).

consolidati precedenti ... muove la giustizia costituzionale verso i lidi del volontarismo decisionista. L'originalismo diviene così strumento di una precisa politica costituzionale, realizzata da giudici che coltivano prospettive di egemonia sulla società». ⁷⁵

Affermazioni che, per vero, sembrano far torto all'intero pensiero originalista, quasi dimenticando che l'originalismo nasce negli anni Novanta del secolo scorso, ⁷⁶ proprio come legittima reazione allo stravolgimento della Costituzione per via giudiziaria, perpetrato, all'epoca, da quasi cinquant'anni, a far data grosso modo dall'attivismo della corte Warren. Negli Stati Uniti originalismo e *living constitutionalism* sono due mondi giuridici tendenzialmente contrapposti, anche se da alcuni se ne è tentata una non convincente conciliazione, come nel *living originalism*: il primo dichiaratamente finalizzato a tutelare la sovranità popolare, la legittimazione democratica e la *rule of law*, il secondo fautore dell'idea che sia compito del potere giudiziario e in special modo della Corte suprema farsi «promotore di innovazioni là dove il legislatore ordinario non si sia rivelato in grado di intercettare le trasformazioni sociali traducendole in discipline normative adeguate ad una realtà in continua evoluzione», ⁷⁷ anche attraverso un'interpretazione del testo costituzionale palesemente creativa, forzandone il dettato oltremisura, come dimostra, ad esempio, la surrichiamata *substantive interpretation* della *Due Process Clause* stabilita dal Quattordicesimo Emendamento.

Senza contare che l'evenienza del rovesciamento di precedenti giudiziari, soprattutto nel caso in cui costituiscano *an egregiously wrong* non ha nulla di eccezionale, né di "politico", visto che la Corte *in many other occasions ... has overruled important constitutional decisions*. Basti vedere l'imponente *partial list* pubblicata in *Dobbs* alle pp. 40 e 41 della *majority opinion*.

Inoltre, come è stato esattamente evidenziato, gli esiti della teoria originalista non sono né conservatori, né progressisti, ma variano in funzione dell'originario significato del testo della Costituzione, in relazione alle peculiari condizioni storiche esistenti al tempo della sua adozione (o delle eventuali modifiche). Così

⁷⁵ C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC La Lettera/07-2022 Originalismo e Costituzione*, cit., 1-2.

⁷⁶ Benchè i lavori di Bork e Berger siano della fine degli anni Ottanta gran parte della dottrina statunitense è incline a ritenere che «sebbene le linee di battaglia fossero (già) pubblicamente tracciate, l'unica spiegazione teorica dell'originalismo rimane la ricostruzione critica di Paul Brest. Per questo motivo Lawrence Solum ha soprannominato i primi scrittori come Berger e Bork "proto-originalisti". Ma una teoria dell'originalismo era in vista». Così R. E. Barnett, E. D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, cit., 9. In proposito L. B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, cit., 3-4. In merito alla genesi dell'originalismo si è anche osservato come le prime tracce dell'originalismo andrebbero individuate nella *dissenting* del giudice Rehnquist proprio in *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 174-177, *dissenting* Rehnquist). avendo lo stesso sostenuto «che l'interpretazione da parte della Corte del Quattordicesimo Emendamento era sicuramente errata perché i Framers dell'Emendamento non intendevano riconoscere il diritto all'aborto». In questo senso L. Rosenthal, *Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation...and Parking Tickets*, cit., 3.

⁷⁷ Così Q. Camerlengo, *Originalismo e "living Constitutionalism", tra domanda di Costituzione e principi supremi*, in *AIC La Lettera/07-2022 Originalismo e Costituzione*, cit., 1, il quale tuttavia ritiene che alle teorie interpretative del *living constitutionalism* non sia ascrivibile alcuna «attività creativa di diritto, ma un pieno e coerente inveroamento dinamico delle disposizioni costituzionali sfruttando al massimo le potenzialità ermeneutiche del testo».

«nel caso dell'esperienza costituzionale (italiana) ... un approccio di tipo originalista valorizzerebbe semmai gli elementi di costituzionalismo democratico-sociale (dalle previsioni intema di diritti sociali e di intervento pubblico nell'economia, al programma di uguaglianza sostanziale e di pieno sviluppo della persona, fino alle numerose disposizioni lavoristiche), a dispetto delle riletture “evolutive” in senso neo-liberale affermatesi negli ultimi trent'anni». ⁷⁸

Se esistono difficoltà ad una “importazione” dell'originalismo nella giuspubblicistica italiana, le stesse solo in parte sono dovute alla sua pretesa “politicità”, non essendo inutile esaminare quelle che possono essere di ordine sia culturale sia giuridico ovvero legate alla domanda relativa all'importazione di quale originalismo, visto che, come accennato, non esiste una sola teoria originalista, ma plurimi indirizzi teorici concorrono a comporla.

A cominciare da questo secondo aspetto si può osservare che la dottrina italiana si è orientata a ritenere possibile importare un approccio originalista, ma «di “originalismo moderato”», ⁷⁹ perché «il canone originalista ... non può risolvere tutti i problemi interpretativi», ⁸⁰ ovvero un approccio mutuato dal *living originalism* di Jack M. Balkin valorizzando al massimo «quegli “*underlying principles*” che conferiscono identità all'ordinamento e che ne garantiscono la stabilità nel tempo nonostante l'avvicinarsi delle forze politiche». ⁸¹ Tuttavia, qualunque sia l'approccio ritenuto preferibile, deve rimanere ben fermo che qualsiasi dottrina originalista, per essere veramente tale, deve basarsi sui due pilastri della *Fixation Thesis* e del *Constraint Principle*: «in primo luogo, deve essere fissato il “significato” del testo costituzionale nel momento in cui ogni disposizione è formulata e ratificata» (*Fixation Thesis*). «In secondo luogo, quel significato originario fisso deve essere considerato vincolante per la pratica costituzionale, comprese le sentenze costituzionali e l'articolazione delle dottrine costituzionali» (*Constraint Principle*). ⁸²

Quanto al primo aspetto quando la dottrina italiana si domanda se «la costituzione è solo il suo testo oppure i confini del diritto costituzionale sono più ampi secondo quanto asserito dalle teorie sulla “costituzione vivente”», se «i giudici costituzionali (e non solo) debbono limitarsi alle disposizioni costituzionali o possono e debbono prendere in considerazione anche “materiali” diversi», ⁸³ ovvero si chiede «quale sarebbe la “Costituzione” che si interpreta», se quella «che si risolve nel suo testo» ovvero quella che «si estende fino a ricomprendere entità extra-testuali come la “Costituzione materiale”, la

⁷⁸ In questo senso O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, cit., 1.

⁷⁹ Nella dottrina statunitense ha sostenuto la possibilità di un «moderate originalism» P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, cit., 231.

⁸⁰ Id., op. ult. cit., 2.

⁸¹ Q. Camerlengo, *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, cit., 2.

⁸² L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 490.

⁸³ Id., op. ult. cit., 1.

“Costituzione vivente” o magari l’ancor più ampio “ordinamento costituzionale”»,⁸⁴ sembra porsi un problema di identificazione della «materia costituzionale» che rivela un approccio abbastanza lontano non solo dall’originalismo, ma anche dal *living constitutionalism* che sono dottrine molto curvate sull’interpretazione, il cui *focus* in definitiva è la ricerca del *best way* di come si interpreta la Costituzione, se facendo riferimento solo al testo e al suo significato originario e storicizzato ovvero se «le disposizioni della Carta fondamentale, si presta(no) ad accogliere elementi inediti, anche in virtù di interpretazioni evolutive degli stessi enunciati».⁸⁵

Si prenda, tanto per fare un esempio, uno dei più importanti orientamenti del *living constitutionalism* quale il *Constitutional Pluralism* la cui *core idea* è che il giurista debba utilizzare molteplici modalità di argomentazione costituzionale dovendo «considerare (1) testo, (2) prassi storica, (3) precedente, (4) valori costituzionali e (5) capacità istituzionali», peraltro negando che fra tali modalità esista una gerarchia. Ebbene tale dottrina non si pone, se non indirettamente, il problema di identificare l’ambito costituzionale, quanto piuttosto mira ad elaborare una strategia interpretativa flessibile, caso per caso, «in cui rispetto ad alcune questioni, il testo costituzionale potrebbe essere determinante. Ma su altre questioni, i valori costituzionali o la pratica storica potrebbero prevalere sul testo costituzionale».⁸⁶

Persino il *Social Justice Constitutionalism*, che è una teoria fortemente orientata politicamente, conclusivamente afferma che i giudici dovrebbero impegnarsi in un processo decisionale caso per caso, in modo da promuovere, per via interpretativa, «gli obiettivi di sostanziale uguaglianza politica ed economica, di inclusione di gruppi oppressi, comunità, e persone e di sostenibilità ambientale», muovendo dall’assunto, peraltro giuridicamente indimostrato, che il diritto costituzionale abbia come scopo quello «di far avanzare una particolare ideologia politica (giustizia sociale), rifiutando la morale, la religione e le opinioni filosofiche di molti, se non della maggior parte, dei cittadini e di altri membri della Comunità politica americana».⁸⁷

Tuttavia, al di là del diverso retaggio culturale e della diversa sensibilità della dottrina italiana vale la pena segnalare alcuni aspetti strettamente giuridici che potrebbero rendere problematico l’approccio originalista, considerato nei suoi aspetti essenziali e non con riferimento alle singole dottrine elaborate nella giuspubblicistica statunitense.

⁸⁴ F. Pedrini, *Una lezione teorica dell’originalismo: l’interpretazione “di quale” Costituzione?*, in *AIC La Lettera/07-2022 Originalismo e Costituzione*, cit., 1.

⁸⁵ In proposito si veda Q. Camerlengo, *Originalismo e “living Constitutionalism”, tra domanda di Costituzione e principi supremi*, cit., 1.

⁸⁶ Così ricostruiscono il contenuto giuridico della dottrina del *Constitutional Pluralism* L. B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, cit., 510-511.

⁸⁷ Ancora Id., op. ult. cit., 507-509.

Il fatto che il procedimento di modifica della Costituzione nell'ordinamento statunitense sia molto più difficile e laborioso di quello stabilito dalla Costituzione italiana, sia cioè "supermaggioritario", ciò che induce la dottrina originalista a concepirlo come un *unicum* non surrogabile, diretta espressione della volontà e del consenso popolare, non comporta alcun impedimento per l'accoglimento dell'interpretazione originalista. La proclamazione nell'art. 1 della Costituzione italiana che la sovranità appartiene al popolo e la previsione di un procedimento apposito (aggravato) per rivedere la Costituzione sono elementi idonei a sorreggere la tesi che nel nostro ordinamento non è consentito a nessuno, come già osservato, di «rovesciare il testo costituzionale sotto l'apparenza dell'interpretazione», neppure alla Corte costituzionale.

Più problematico è il fatto che nell'ordinamento italiano esistono le leggi costituzionali (sconosciute all'ordinamento statunitense), nonché altre fonti, diverse dalla Costituzione (e dalle leggi costituzionali) che – non solo in teoria – possono fare sistema con le disposizioni della Costituzione e che è ormai comunemente ammesso, ai fini della realizzazione del processo di integrazione europea, che le norme comunitarie prevalgano sulle disposizioni costituzionali incompatibili, fatti salvi i principii supremi della Costituzione. La qual cosa pone problemi ermeneutici così delicati e complessi che, a volte, l'esclusivo ricorso al significato originario delle disposizioni costituzionali, "*Fixation Thesis*", potrebbe risultare inappagante.

Mentre non crea problemi la giurisprudenza della Corte in tema di principii supremi dell'ordinamento costituzionale, quali limiti sostanziali alla revisione costituzionale, principii che la Corte si è autoattribuita la competenza ad identificare. Questa giurisprudenza infatti se da un lato pone il problema di verificare se tale indirizzo trovi un fondamento nel significato originario dell'art. 1 Cost., secondo cui il popolo esercita la sovranità con le forme e nei limiti imposti dalla Carta fondamentale, dall'altro tuttavia rafforza l'interpretazione originalista, visto che tali principii non possono certo essere quelli sostenuti attualmente dalle forze politiche dominanti, ma devono necessariamente essere quelli sanciti dai Costituenti nel 1948, assunti nel loro significato originario. Considerazione che parrebbe confermata dalla stessa impostazione fatta propria dalla Corte che nella ben nota sentenza 15/12/1988 n. 1146 ha precisato che i detti principii «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»,⁸⁸ vale a dire i valori supremi incorporati nel 1948 nella Costituzione italiana, così come intesi dai Padri costituenti.

Nonostante la necessità di qualche ineludibile adattamento, non esiste in realtà alcun serio ostacolo all'accoglimento dell'interpretazione originalista nell'esperienza costituzionale italiana, essendone condivisibili, ad avviso di chi scrive, presupposti e finalità, risultando indispensabile, in qualsiasi ordinamento a Costituzione rigida in cui è previsto un apposito procedimento di modifica costituzionale

⁸⁸ Si veda Corte cost., sent. 15/12/1988, n. 1146, 2.1 del Considerato in diritto.

rimesso al popolo e ai suoi rappresentanti, identificare gli ambiti dell'interpretazione costituzionale in modo che la stessa non si trasformi in un'attività di modifica costituzionale dissimulata, a prescindere dal procedimento di cui all'art. 138 Cost. Tanto più che nell'ordinamento costituzionale italiano l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, tutt'ora vigente, nega espressamente alla Corte la natura di organo politico, disponendo che, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, è preclusa «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Inoltre la teoria originalista è una straordinaria cartina di tornasole per sottoporre a riesame tutte quelle interpretazioni che hanno fatto di talune disposizioni costituzionali delle *empty boxes* o meglio *the conduit pipe* (ossia il tubo) ⁸⁹ attraverso cui far penetrare in Costituzione qualsiasi contenuto a prescindere da un qualunque collegamento con il testo costituzionale, facendone una fonte indipendente e prevalente di norme costituzionali. Tale è, solo per fare un esempio, l'interpretazione dell'art. 2 Cost. come clausola a fattispecie aperta, preordinata a tutelare, come è stato sostenuto, «tutti quei valori di libertà che vanno emergendo a livello della Costituzione materiale», nonché i diritti dell'uomo codificati dalle convenzioni internazionali, pur se non ratificate dall'Italia.⁹⁰ Anche in assenza di una adesione all'approccio originalista questa tesi era stata ampiamente criticata, osservandosi da un lato come essa implicherebbe «che gli operatori giuridici potrebbero rilevare l'esistenza, nell'ordinamento di diritti non codificati dalla Costituzione, i quali ... avrebbero addirittura carattere supercostituzionale. E ciò potrebbe avvenire persino se questi diritti non fossero enunciati dalle leggi, visto che sarebbe possibile desumerli da convenzioni internazionali ... o da quell'ambigua entità *bonne à tout faire* che si denomina costituzione materiale. Ne deriverebbe il sovvertimento dell'ordine delle competenze ... con quali conseguenze per un'ordinata convivenza civile, è facile immaginare».⁹¹ Dall'altro «che se la rigidità costituzionale ha un senso, non paiono condivisibili quelle interpretazioni dell'art. 2 che, pur mosse dall'intento di enucleare “nuovi diritti”, finiscono, invece, per determinare, nel contempo, la nascita di una serie illimitata di obblighi a carico dei consociati e dei pubblici poteri» e, si potrebbe aggiungere, per privare il potere legislativo di determinare con piena discrezionalità l'eventuale riconoscimento o meno e la regolamentazione di tali “nuovi diritti”.⁹²

A queste obiezioni deve ora aggiungersi, assecondando la dottrina originalista, che la predetta interpretazione dell'art. 2 Cost. appare totalmente avulsa dal contesto storico in cui è maturata. Se si

⁸⁹ L'espressione è tratta dalla sentenza *R(on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2018] A(ppeal) C(ases) 81, par. 65, meglio nota come *Miller I*.

⁹⁰ Sostengono questa tesi, ad esempio, A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 66, da cui è presa la citazione; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Firenze, 1984, 57 ss. In senso contrario, tra gli altri, M.Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1985, parte II, 56-57; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 2^a ed., parte generale, 4-7.

⁹¹ Così M.Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 57.

⁹² In questo senso A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 7.

ripercorrono le tappe del dibattito svoltosi su questa disposizione in Assemblea costituente è possibile osservare come il *focus* della stessa fosse rappresentato dalla volontà di procedere ad una proclamazione dei «diritti della persona e delle comunità naturali nelle quali la persona si integra e si espande», visto che «i diritti della persona umana non sono integralmente tutelati se non sono tutelati anche i diritti delle comunità nelle quali la persona umana» si sviluppa (così La Pira, *Intervento*, seduta del 30 luglio 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione).⁹³ Infatti per completare il quadro dei diritti dell'uomo «è necessario tener conto delle comunità fondamentali, nelle quali l'uomo si integra e si espande, cioè dei diritti delle comunità». (Id., *Relazione*, seduta del 9 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione)

Seguendo questa impostazione la prima formulazione di questa disposizione seguiva alla duplice affermazione che l'anteriorità della persona rispetto allo Stato «si completa nelle comunità in cui la persona si integra, e cioè nella famiglia, nelle associazioni sindacali, ecc.» (Dossetti, *Intervento*, seduta del 9 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione) e che solo includendo i diritti della comunità «si arriva alla teoria del cosiddetto pluralismo giuridico che riconosce i diritti del singolo e i diritti delle comunità e con questo dà una vera integrale visione dei diritti imprescrittibili dell'uomo» (La Pira, *Relazione*, seduta del 9 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione). Essendo dunque necessario stabilire un parallelismo «tra il fine di garantire l'autonomia e la dignità della persona umana e quello di promuovere la necessaria solidarietà sociale» (Dossetti, *Intervento*, seduta del 9 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione) si proponeva e veniva approvato il testo seguente: «La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia, la libertà e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo sia come singolo, sia nelle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona» (testo approvato nella seduta dell'11 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, essendo interessante osservare che nell'intento della Sottocommissione l'utilizzo della formula diritti inalienabili aveva il significato di definire questi diritti come “naturali”, non concessi dallo Stato ma preesistenti ad esso. Nota al verbale della medesima seduta dell'11 settembre 1946).

Modificata dal Comitato di redazione la disposizione, divenuta l'art. 6 del progetto di Costituzione, nella Seduta plenaria del 24 gennaio 1947, della Commissione per la Costituzione, veniva licenziata nel seguente testo: «Per tutelare i principî sacri ed inviolabili di autonomia e dignità della persona, e di umanità e giustizia fra gli uomini, la Repubblica italiana garantisce ai singoli ed alle formazioni sociali ove si svolge

⁹³ Tutti gli Atti dell'Assemblea Costituente citati nel testo sono reperibili all'indirizzo internet <http://legislature.camera.it>.

la loro personalità i diritti di libertà e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale», modificata nel progetto definitivo di Costituzione sostituendosi a “i diritti di libertà” l’espressione “i diritti essenziali agli individui”.

Ribadita l’importanza di questa disposizione che «governa l’architettura di tutto l’edificio» pluralista della «Costituzione: i diritti degli individui e delle formazioni sociali» (La Pira, *Intervento*, seduta pomeridiana dell’11 marzo 1947, dell’Assemblea Costituente), essendo «preliminare ad ogni altra esigenza il rispetto della personalità umana; qui è la radice delle libertà, anzi della libertà, cui fanno capo tutti i diritti che ne prendono il nome. Libertà vuol dire responsabilità. Né i diritti di libertà si possono scompagnare dai doveri di solidarietà di cui sono l’altro ed inscindibile aspetto. Dopo che si è scatenata nel mondo tanta efferatezza e bestialità, si sente veramente il bisogno di riaffermare che i rapporti fra gli uomini devono essere umani» (Ruini, *Relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione*), la discussione che ne seguiva si incentrava su taluni specifici aspetti.

In primo luogo sulla qualificazione dei diritti dell’uomo se “inalienabili” o “naturali” o “essenziali” o “imprescrittibili”, questione che nasceva dal fatto che era tradizionale nelle Costituzioni nate alla fine del secolo XVIII che i diritti di libertà, i diritti dell’uomo e del cittadino, venissero affermati come una realtà preesistente alla stessa Costituzione, come esigenze basate sul diritto naturale; diritti, cioè, che nemmeno la Costituzione poteva negare, diritti che nessuna volontà umana, neanche la maggioranza e neanche l’unanimità dei consociati poteva sopprimere, perché si ritenevano derivanti da una ragione profonda che è inerente alla natura spirituale dell’uomo. Con la conseguenza che, come la forma repubblicana, anche i diritti di libertà avrebbero dovuto essere immutabili. (Calamandrei, *Intervento*, seduta del 4 marzo 1947 dell’Assemblea Costituente); secondariamente che tale articolo risultava essere «troppo ricco di affermazioni finalistiche» (Targetti, *Intervento*, seduta del 13 marzo 1947 dell’Assemblea Costituente), dovendo essere modificato; in terzo luogo che avrebbe dovuta essere reintrodotta la formula «riconosce e garantisce i diritti» presente nel testo della prima Sottocommissione e scomparsa nel progetto di Costituzione (Ravagnan, *Intervento*, seduta pomeridiana del 15 marzo 1947 dell’Assemblea Costituente), perché se «i diritti dell’uomo sono garantiti, ma non riconosciuti nel loro valore e carattere originale» si ha l’idea che tali diritti siano «elargiti e non riconosciuti», inducendo a pensare che espressamente si sia «voluto disconoscere i diritti dell’uomo come diritti originari indipendenti dallo Stato» (Benvenuti, *Intervento*, seduta pomeridiana del 17 marzo 1947 dell’Assemblea Costituente).

Mentre non era assolutamente dubbio fra i Costituenti che tale disposizione riguardasse «i cosiddetti diritti di libertà, i diritti naturali, i diritti — come li chiama l’ultima Costituzione francese — sacri e inviolabili della libertà di coscienza, di associazione, di riunione, di stampa, ecc.; sono i diritti i quali, quando si verifica un colpo di forza o si instaura un regime di violenza, sono esposti alle aggressioni» (Vinciguerra,

Intervento, seduta del 13 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente), quei diritti «che si conviene di chiamare i diritti di libertà, già sanciti nelle varie Costituzioni dell'800, aggiungendo a questi il riconoscimento di quelli che conveniamo di chiamare i diritti economici e sociali» (Ravagnan, *Intervento*, seduta pomeridiana del 15 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente), sottolineandosi come la predetta disposizione per come era concepita, in particolare, a seguito dell'emendamento Fanfani-Amendola, costituiva «una sorta di introduzione a quei diritti civili, politici, etici e sociali che vengono subito dopo enunciati nella prima parte del progetto di Costituzione» (Laconi, *Intervento*, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947 dell'Assemblea Costituente).

Emendamento che, nato dall'accordo fra democristiani e comunisti, proponeva di sostituire il testo precedente con quello che, approvato nella seduta del 24 marzo 1947, è divenuto il testo definitivo dell'art. 2 Cost. attualmente vigente: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale».

Disposizione il cui significato pubblico si sostanziava nell'affermare che l'architettura dello Stato italiano repubblicano e democratico era basata su rapporti etico-sociali fondati sull'estensione del riconoscimento e della garanzia dei classici diritti della persona alle comunità naturali nelle quali la persona si integra e si sviluppa, promuovendo un ampio pluralismo sociale connotato da una forte solidarietà politica, economica e sociale. Diritti che venivano proclamati inviolabili anche per lo Stato che li riconosceva come tali, essendo costitutivi della persona umana, e che erano garantiti, come diritti civili, politici, etici e sociali, nella prima parte della Costituzione.

Non c'è nulla né nel significato dei termini utilizzati nella norma né nel significato che agli stessi era dato tanto nei lavori dell'Assemblea costituente, quanto nell'ambiente politico economico e sociale in cui tale norma veniva inserita che potesse farla interpretare quale disposizione con cui si voleva riconoscere un numero indefinito di diritti costituzionali al di fuori del procedimento di revisione costituzionale, dando mandato non si sa a quale organo, di operarne la sussunzione quali diritti inviolabili, *de iure* privi di qualsiasi garanzia di contenuto non trovando alcuna disciplina nell'appena approvata Costituzione. Osservazione così vera che da un lato in dottrina non è dato trovare alcun costituzionalista⁹⁴ che nell'immediatezza e

⁹⁴ Una considerazione specifica merita la tesi di Mortati secondo cui la garanzia dei diritti inviolabili stabilita nell'art. 2 avrebbe implicitamente dato copertura costituzionale al diritto di resistenza (C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1973, tomo 2, 1038, ma già formulata nell'edizione del 1962), ossia, per usare le parole di Mortati in Assemblea costituente, il diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati che si rende necessario «a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità». Mortati più volte aveva cercato di far introdurre in Costituzione questo diritto sino alla presentazione di quello che era segnato come articolo 50 del Progetto della Costituzione, che non venne mai approvato e che recitava: «Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino». Oltre a questo dato fattuale aggiungasi che Mortati non era completamente convinto di questa interpretazione, se è vero che nel commentare l'art. 1 Cost. (C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., I, 1975, 32, nota 1) osservava che il diritto

negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione abbia sostenuto una simile interpretazione, dall'altro che la stessa Corte costituzionale aveva accolto l'interpretazione corrispondente al significato testuale dell'art. 2 Cost., affermando che il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo «indica chiaramente che la legge statutaria eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero», dovendosi «notare che la Costituzione, alla generica formulazione di tale principio, e dopo di avere sancito nel successivo art. 3 la pari dignità sociale di tutti i cittadini, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili».⁹⁵ Tale disposizione costituzionale infatti «nel riconoscere e garantire in genere i diritti inviolabili dell'uomo, ... necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono particolarmente presi in considerazione».⁹⁶

Secondo il canone originalista dunque il primo alinea dell'art. 2 Cost. dovrebbe interpretarsi come clausola a fattispecie chiusa e non aperta. Con la conseguenza che tutti i diritti non previsti dalla Costituzione e che «non rientrano in fattispecie normative concernenti diritti costituzionali espressamente»⁹⁷ stabiliti, ma riconosciuti in forza del prevalente richiamo all'art. 2 Cost.,⁹⁸ dovrebbero considerarsi abusivi, dovendo essere ritenuti come privi di copertura costituzionale, esattamente come avvenuto in *Dobbs* con il diritto all'aborto.

In dottrina si è sostenuto che «l'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu» ed elidendo «l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici»,⁹⁹ ma in realtà il punto è un altro. Tanto il *living constitutionalism*, quanto tutte le teorie interpretative di tipo

di resistenza si sarebbe potuto ricavare dalla lettura combinata degli artt. 1 e 3, comma 2 della Costituzione. Si può dunque fondamente asserire che Mortati non concepisse affatto l'art. 2 Cost. come clausola a fattispecie aperta, quanto piuttosto stesse cercando possibili prospettazioni giuridiche per far rientrare dalla finestra quello che i Costituenti non avevano voluto far entrare dalla porta. Su questo tema si veda il bell'articolo di T. Serra, *Il "diritto" di resistenza in Mortati*, in *Nomos*, 2016, n. 1.

⁹⁵ Così Corte cost. sent. 19 giugno 1956, n. 11.

⁹⁶ Cfr.: Corte cost. sent. 22 marzo 1962, n. 29, par. 3 del Considerato in diritto.

⁹⁷ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 4.

⁹⁸ La qual cosa dovrebbe predicarsi anche nel caso in cui tali diritti fossero contenuti in trattati internazionali. Seguendo questa linea interpretativa dovrebbe infatti escludersi che l'art. 2 Cost. possa configurarsi come *the conduit pipe* in grado di trasformare in diritti costituzionalmente garantiti diritti che hanno la loro base nel diritto internazionale e soggiacciono alle regole proprie di questa branca del diritto. Senonchè questa problematica ha attualmente perso quasi del tutto importanza perché il rispetto nell'ordinamento italiano dei diritti riconosciuti dai trattati internazionali, e in special modo dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è in concreto garantito dal configurarsi le disposizioni che li sanciscono come norme interposte rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. ovvero per i diritti comunitari anche rispetto all'art. 11 Cost. (ad esempio, fra le tantissime, Corte costituzionale sentt. n. 28/2010; n. 31 del 2012; n. 7 del 2013; n. 150/2015; n. 200/2016; n. 111 del 2017, etc.).

⁹⁹ C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC La Lettera/07-2022 Originalismo e Costituzione*, cit., 2.



evolutive partono da un'idea di fondo che non è condivisibile e cioè che la Costituzione debba abbracciare e improntare di sé tutta la fenomenologia giuridica, politica e sociale, mentre assai diversamente la Costituzione è un prodotto del suo tempo che concerne solo ciò che prende espressamente in considerazione, *quod Constitutio voluit, dixit, quod non voluit, non dixit*. Come ha ben chiarito in *Dobbs* il giudice Kavanaugh la Costituzione per tutto quello che non disciplina direttamente è neutrale, essendo rimesso al popolo e ai suoi rappresentanti e non alla Corte suprema far avanzare la società, adattando l'ordinamento ai nuovi contesti politico-sociali. Per questo le Costituzioni prevedono appositi procedimenti di modifica costituzionale, proprio per evitare che la Costituzione si pietrifichi, impegnando i legislatori dotati del potere di revisione costituzionale e non le Corti, prive di qualsiasi legittimazione democratica, a dare regolazione giuridica alla società.

In conclusione in *Dobbs* la Corte suprema ha iniziato un percorso di ridefinizione del proprio ruolo che è ancora lungo e che bisognerà vedere fino a che punto riterrà ci siano spazi giuridici per portarlo avanti. Un difficile banco di prova sarà costituito dalla questione circa l'interpretazione della *Due Process Clause* del Quattordicesimo emendamento, dovendosi verificare come la Corte si comporterà con la *substantive due process*, ritenendola o meno un *egregiously wrong*.¹⁰⁰ Allo stato uno dei grandi meriti di *Dobbs* è quello di aver riportato in primo piano "l'infinita" questione del confine che necessariamente deve esistere fra interpretazione e modifica della Costituzione in forma di sentenze.

¹⁰⁰ Difficoltà di non poco momento perché l'eventuale rovesciamento della *substantive due process* implicherebbe il rivedere anche la dottrina dell'incorporazione di taluni diritti del *Bill of Rights* nella legislazione statale (nel senso che la Corte ha ritenuto che in forza della *Due Process Clause* alcuni diritti del *Bill of Rights*, ma non altri devono considerarsi protetti contro le violazioni statali esattamente come contro le violazioni federali), che è *a form of substantive due process*, ponendo il problema del se tale incorporazione sia «costituzionalmente legittima o se potrebbe essere compiuta più fedelmente attraverso una via dottrinale diversa». Su questa problematica J. Greene, *Fourteenth Amendment Originalism*, in *Maryland Law Review*, 2012, vol. 71, 978 ss., per la citazione p. 986.