



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2023

«Roe and Casey are overruled».
Riflessioni sulla sentenza *Dobbs*
e sul ruolo della Corte Suprema
nel sistema costituzionale
statunitense

di Andrea Ridolfi

EDITORIALE SCIENTIFICA

«ROE AND CASEY ARE OVERRULED».
RIFLESSIONI SULLA SENTENZA *DOBBS*
E SUL RUOLO DELLA CORTE SUPREMA
NEL SISTEMA COSTITUZIONALE STATUNITENSE*

di *Andrea Ridolfi*

Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate,
Università di Roma 'La Sapienza' - Titolare di contratto di docenza
integrativa in Diritto costituzionale, Università Luiss Guido Carli di Roma

SOMMARIO: 1. PREMESSA; 2. LA SENTENZA *DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION*; 2.1. L'OPINION OF THE COURT; 2.2. LA DISSIDENTING OPINION E LE CONCURRING OPINIONS DEL CHIEF JUSTICE ROBERTS E DEL GIUDICE THOMAS; 3. I LIMITI DELL'ORIGINALISMO COME TEORIA ERMENEUTICA; 4. LA CORTE ROBERTS COME NUOVA CORTE HUGHES?; 5. I POSSIBILI RIMEDI ALLA DERIVA ESTREMISTICA DELLA CORTE SUPREMA.

1. Premessa

La sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)¹, in cui una maggioranza di giudici della Corte Suprema ha negato l'esistenza di un diritto costituzionale all'interruzione di gravidanza², operando un *overruling* delle precedenti decisioni, *Roe v.*

* Desidero rivolgere un pubblico ringraziamento agli amici e colleghi Giuseppe Allegri, Ludovica Tripodi e Giorgia Valentini, nonché al dott. Leonardo Sacco e alla dott.ssa Tiziana Leone della Biblioteca Interdipartimentale di Scienze Giuridiche dell'Università di Roma Sapienza, sede di Diritto Pubblico, per il prezioso ausilio nel lavoro di ricerca. Eventuali imprecisioni, omissioni o errori sono addebitabili esclusivamente a me.

¹ 142 S. Ct. 2228 (2022).

² Sull'aborto negli U.S.A., si vedano B. ANDREWS, *No Choice. The Fall of Roe v. Wade and the Fight to Protect the Right to Abortion*, London, 2022; A.N. CABOT, *History of Abortion Law*, in *Arizona State Law Journal*, n. 1/1980, pp. 73 ss.; D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law Review*, n. 1/2023, vol. CXXIII, pp. 1 ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, n. 2/2022; R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, tr. it. a cura di S. Maffettone, Milano, 1994; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovette: l'aborto, la polariz-*

Wade (1973)³ e *Planned Parenthood v. Casey* (1992)⁴, è una decisione storica per le numerose implicazioni che avrà nei prossimi anni, non solo negli Stati Uniti. Il suo carattere sostanzialmente reazionario, che riporta le lancette dell'orologio della storia indietro di una cinquantina di anni, la fa collocare senza dubbio al fianco di sentenze discreditate e odiose come *Dred Scott v. Sanford* (1857)⁵, *Plessy v. Ferguson* (1896)⁶, *Lochner v. New York* (1905)⁷ e *Korematsu v. United States* (1944)⁸, oltretutto tra quelli che sono stati chiamati i superprecedenti in negativo del diritto costituzionale americano⁹.

La sentenza, che probabilmente passerà alla storia come la più importante decisione della Corte Roberts¹⁰, presenta numerosi profili di

zazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense, in *BioLaw Journal*, n. 3/2022, pp. 5 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion. The Clash of Absolutes*, II ed., New York-London, 1992; G.R. STONE, *The Road to Roe*, in *Litigation*, n. 1/2016, vol. XLIII, pp. 43 ss.; R.L. WELBORN, *Abortion Laws: A Constitutional Right to Abortion*, in *North Carolina Law Review*, n. 3/1971, vol. XLIX, pp. 487 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*, Cambridge (Mass.)-London, 2020. Si veda, inoltre, lo *Special Issue* n. 1/2023 della rivista *BioLaw Journal*, a cura di L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, intitolato *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*.

³ 410 U.S. 113 (1973). Traduzioni in italiano della sentenza sono in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 1976, pp. 75 ss.; J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992, pp. 285 ss.

⁴ 505 U.S. 833 (1992). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ (a cura di), *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, 2008, pp. 168 ss.

⁵ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Su questa sentenza, si vedano C.R. SUNSTEIN, *Dred Scott v. Sanford and Its Legacy*, in R.P. GEORGE (a cura di), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton (N.J.), 2000, pp. 64 ss.; D.E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case. Its Significance in American Law and Politics*, Ristampa, Oxford-New York, 2001.

⁶ 163 U.S. 537 (1896). Su questa decisione, si veda S. LUXEMBERG, *Separate. The Story of Plessy v. Ferguson and America's Journey from Slavery to Segregation*, New York-London, 2019.

⁷ 198 U.S. 45 (1905). Sulla sentenza *Lochner*, si vedano anche A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano, 2017, pp. 107 ss.; A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza Lochner v. New York)*, in *Nomos*, 3/2008, pp. 85 ss.

⁸ 323 U.S. 214 (1944).

⁹ Sui superprecedenti, si veda L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford-New York, 2008, pp. 19-20.

¹⁰ Sulla Corte Roberts, si vedano G. ARAVANTINOUS LEONIDI, *La svolta conser-*

interesse perché, in primo luogo, richiama la questione del vincolo al precedente giurisprudenziale e del mutamento di giurisprudenza¹¹. In secondo luogo, essa si inserisce a pieno titolo nella diatriba tra le interpretazioni “aperte” e interpretazioni “chiuse” del *Bill of Rights*, oltretutto se esistano o meno diritti al di fuori dell’elenco esplicito (i c.d. *unenumerated rights*), e se la clausola del *due process of law* contenuta nel XIV Emendamento sia da interpretare in senso meramente procedurale o anche in senso sostanziale¹². A seconda della risposta, cambia

vatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?, in *Nomos*, n. 2/2018; P. BONINI, *Gorsuch after Scalia. Il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, n. 2/2017; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch. Inside the Supreme Court in the Age of Trump*, II ed., New York, 2019; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, pp. 24 ss.; G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell’era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; G. ROMEO, L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014-2015 e 2015-2016*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2017, pp. 2303 ss.; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2019, pp. 2917 ss., spec. pp. 2920 ss.; ID., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 5/2021, pp. 2417 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2014, pp. 7 ss.

¹¹ Sul vincolo del precedente giudiziario negli U.S.A., si vedano S. BARTOLE, *Stare decisis e Corte Suprema: a proposito della successione di Ruth Bader Ginsburg*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2021, pp. 192 ss.; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d’America. Una introduzione*, Torino, 2022, pp. 88 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 85 ss.; ID., *The (In)evitability of precedent*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, pp. 1 ss.; F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, tr. it. a cura di G.B. Ratti e V. Velluzzi, Roma, 2016, pp. 76 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, tr. it. a cura di D. Donati, Bologna, 2005, pp. 96 ss.

¹² Sulle questioni (strettamente correlate) dell’interpretazione della *due process clause* contenuta nel XIV Emendamento e degli *unenumerated rights*, si vedano A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2020, pp. 1 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 177 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.)-London, 1980, pp. 14 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, tr. it. a cura di D. Giroto, Bologna, 2003, pp. 293 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 63 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., pp. 88 ss.; ID., *The Invisible Constitution*, cit., pp. 105 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costi-*

anche l'idea di interpretazione costituzionale, e il ruolo dell'organo di giustizia costituzionale¹³.

Ma la decisione è interessante anche perché ripropone, in ultima istanza, quel che è stato chiamato il “dilemma” della democrazia costituzionale¹⁴, quella che Alexander Bickel ha chiamato 60 anni fa la c.d. “*countermajoritarian difficulty*”¹⁵, ovvero i limiti che il potere giudiziario incontra nella sua attività di garanzia della costituzione. Se è vero che la decisione riguardava la costituzionalità di uno *statute* del Mississippi che restringeva l'interruzione di gravidanza alle prime 15 settimane, è vero anche che, come emerge dalla *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, la dichiarazione sul fatto che l'aborto non sia un diritto riconosciuto dalla Costituzione federale è stata un qualcosa che la maggioranza conservatrice ha voluto affermare ad ogni costo.

Le dure reazioni a cui ha dato luogo questa decisione e, in particolare, le manifestazioni di protesta testimoniano una netta contrarietà da parte della pubblica opinione¹⁶, e finiscono per porre in primo piano

tuzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia, Torino, 2011, spec. pp. 87 ss., 190 ss.

¹³ Sulle teorie dell'interpretazione costituzionale negli U.S.A., si vedano G. BONGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, pp. 313 ss.; A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity. Saggio comparativo su una “figurazione” statunitense*, Torino, 2011; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 161 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 251 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 183 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazione costituzionale (Diritto comparato)*, in *Diritto on line*, 2016, pp. 9 ss.

¹⁴ Il riferimento è a F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, tr. it. a cura di G. Bongiovanni e G. Palomabella, Bari, 2004. Sul rapporto tra *judicial review* e democrazia negli U.S.A., si veda anche S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., spec. pp. 161 ss., 221 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 125 ss.

¹⁵ Sulla *countermajoritarian difficulty*, si vedano A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven-London, 1986, spec. pp. 16 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 193 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 150 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, pp. 120 ss.

¹⁶ Sulla stampa, si è arrivati a parlare addirittura di una tirannia della minoranza. Cfr., in proposito, M. BOOT, *The Supreme Court rulings represent the tyranny of the minority*, in *The Washington Post* (25-6-2022). D'altra parte, che vi sia una consistente maggioranza dell'opinione pubblica statunitense favorevole al diritto della donna di interrompere la gravidanza emerge chiaramente nel voto, successivo a *Dobbs*, su una proposta di emendamento alla costituzione del Kansas – uno degli Stati a maggioranza repubblicana, e con una delle legislazioni più restrittive in materia – volta ad introdurre

il problema della credibilità e della legittimazione della Corte Suprema¹⁷, che, dopo le nomine operate da una figura assai controversa come Donald Trump¹⁸, sembra essere nuovamente tornata nell'occhio del ciclone¹⁹, non solo per il suo oltranzismo sul piano giurisprudenziale, ma finanche per la sua ostentata faziosità politica, come dimostrano i sondaggi sulla credibilità della istituzione, i cui numeri sono ormai crollati a livelli imbarazzanti²⁰.

Occorre rilevare che la polarizzazione sempre più evidente tra re-

re nel testo costituzionale un esplicito divieto, respinto da una maggioranza piuttosto netta (59% contro 41%).

¹⁷ Sulla crisi della Corte Suprema nel quadro di una più generale crisi della democrazia americana, si vedano G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La crisi della democrazia negli Stati Uniti e la Costituzione imperfetta*, in *Nomos*, n. 2/2022, spec. pp. 8 ss.; A. BARAGGIA, *Reshaping the US Judiciary in times of polarization: Biden's Judicial nominations and Supreme Court reform*, in *DPCE Online*, n. 1/2023, n. spec., vol. LVI, pp. 97 ss.; S.M. FELDMAN, *Court-Packing Time? Supreme Court Legitimacy and Positivity Theory*, in *Buffalo Law Review*, n. 5/2020, vol. LXVIII, pp. 1519 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term. The Degradation of American Democracy—and the Court*, in *Harvard Law Review*, n. 1/2020, vol. CXXXIV, pp. 1 ss.; A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2022, pp. 3 ss.

¹⁸ Sulla discutibile figura di Trump, si vedano J. GREEN, *Trump as a Constitutional Failure*, in *Indiana Law Review*, 2018, vol. XCIII, pp. 93 ss.; N.S. SIEGEL, *Political Norms, Constitutional Conventions, and President Donald Trump*, in *Indiana Law Journal*, n. 1/2018, vol. XCIII, pp. 177 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 19 ss.; D.L. KRINER, *Trump, Populism and the Resilience of the American Constitutional System*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, parte I, pp. 44 ss.; E. GRANDE, *Populismo, presidenzialismo e la debolezza del sistema costituzionale statunitense*, in *Teoria politica*, 2021, pp. 101 ss.

¹⁹ Uno dei primi atti del Presidente Biden è stato insediare una commissione di studiosi (tra cui, Laurence Tribe, Jack Balkin, Richard Fallon e Richard Pildes) con il compito di individuare proposte di riforma della composizione, della organizzazione e dei poteri della Corte Suprema. Si vedano G. ARAVANTINOU LEONIDI, *"The Least Dangerous Branch". Ipotesi di riforma, nuove nomine e fughe di notizie. A proposito della presunta innocuità della Corte Suprema*, in *Nomos*, n. 1/2022; A. BARAGGIA, *Reshaping the US Judiciary in times of polarization*, cit., pp. 101 ss.; D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema? Appunti in tema di life tenure, Court-packing e filibuster*, in *Forum di Quaderni costituzionali-Rassegna*, n. 3/2022, pp. 158 ss.; N. CEZZI, *La Corte Suprema come problema*, in *Diritticomparati.it* (3-5-2021); R.D. DOERFLER, S. MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, in *California Law Review*, n. 5/2021, vol. CIX, pp. 1703 ss.; D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 1/2021, vol. XXXV, pp. 119 ss.

²⁰ *Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low (gallup.com)*. Si veda anche D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., pp. 121-122.

pubblicani e democratici si sta ripercuotendo anche sul procedimento di nomina dei giudici²¹: a giudici sempre più polarizzati sul piano ideologico²² consegue infatti una polarizzazione anche per quanto riguarda il consenso da parte del Senato²³, vanificandone, in ultima istanza, il ruolo di garanzia²⁴. Va ricordato che l'ultimo giudice confermato con

²¹ Sul procedimento di nomina dei giudici, si vedano B. BARBISAN, *Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 5/2003, pp. 185 ss.; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 80-81; C. BOLOGNA, *Advice and Consent nell'evoluzione del federalismo americano*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2002, pp. 395 ss.; G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano. "Alberico Gentili Lectures"* (Macerata, 19-21 marzo 2012), tr. it. a cura di B. Barbisan, Bologna, 2013, pp. 21 ss.; S. DAY O'CONNOR, *Out of Order. Stories from the History of the Supreme Court*, New York, 2014, pp. 21 ss.; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and the Battle for the Federal Courts*, in *University of Richmond Law Review*, n. 3/2005, vol. XXXIX, pp. 871 ss.; M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKY, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, 1994, pp. 172 ss.; G.R. STONE, *Understanding Supreme Court Confirmations*, in *The Supreme Court Review*, n. 1/2010, pp. 381 ss.; L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2017, pp. 833 ss.

²² Sulla polarizzazione nella nomina dei giudici, si veda N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court*, in *The Supreme Court Review*, n. 8/2016, pp. 301 ss.; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars*, cit., pp. 874 ss.; D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., pp. 125 ss.; L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2021, pp. 499 ss.

²³ Sulla polarizzazione nella conferma dei giudici, si vedano N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive*, cit., pp. 324-325; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars*, cit., pp. 889 ss.; D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., pp. 123 ss.

²⁴ Sul fondamentale ruolo del Senato, si veda B. BARBISAN, *Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., p. 191, secondo cui, dei 142 candidati proposti sino a quel momento, il Senato ne aveva respinti ben 28, ovverosia quasi uno su 5, cifra che arrivava addirittura a 1 su 3 nel XIX secolo. Tra i casi più emblematici di candidato giudice della Corte Suprema bocciato dal Senato c'è quello di Robert Bork, ma si possono citare anche i casi della mancata promozione a *Chief Justice* di Abe Fortas, bloccata dal Senato tra l'estate e l'autunno 1968, e la mancata conferma, tra l'estate 1969 e la primavera 1970, dei due giudici proposti da Nixon in sostituzione del dimissionario Fortas, Clement Haynsworth e G. Harrold Carswell. Si vedano S. CARTER, *The Confirmation Mess*, in *Harvard Law Review*, n. 6/1988, vol. CI, pp. 1185 ss.; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars*, cit., pp. 876-877; S.M. GRIFFIN, *Politics and the Supreme Court: The Case of the Bork Nomination*, in *Journal of Law and Politics*, n. 3/1989, vol. V, pp. 551 ss.; J.B. GROSSMAN, S.L. WASBY, *The Senate and Supreme Court Nominations: Some Reflections*, in *Duke Law Journal*, n. 3/1972, pp. 557 ss.;

un consenso superiore ai 2/3 e quindi sostanzialmente *bipartisan* è stato il *Chief Justice* Roberts, 17 anni fa²⁵. In un simile contesto, una Corte Suprema, in cui i tre giudici nominati da Trump sono stati confermati con votazioni a risicata maggioranza, rischia seriamente di non essere più ritenuta una istituzione di garanzia²⁶.

Lo sfrenato attivismo in senso regressivo degli ultimi tempi non sembra aiutare a placare gli animi, se si considera che, negli stessi giorni in cui veniva deciso il caso *Dobbs*, la stessa maggioranza ha adottato due sentenze ugualmente discutibili come *N.Y.S.R.P.A. v. Bruen* (2022)²⁷ e

R.D. JOHNSON, *Lyndon B. Johnson and the Fortas Nomination*, in *Journal of Supreme Court History*, n. 1/2016, vol. XLI, pp. 103 ss.; B.H. KALK, *The Making of "Mr. Justice Haynsworth"? The Rise, Fall, and Revival of Judge Clement F. Haynsworth Jr.*, in *The South Carolina Historical Magazine*, n. 1/2016, vol. CXVII, pp. 4 ss.; M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKY, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 173 ss.; J. MASSARO, *LBJ and the Fortas Nomination for Chief Justice*, in *Political Science Quarterly*, n. 4/1982, vol. XCVII, pp. 603 ss.; W.G. MEYERS III, *Advice and Consent on Trial: The Case of Robert H. Bork*, in *Denver University Law Review*, n. 1/1988, vol. LXVI, pp. 1 ss.; A. OGUNDELE, L.C. KEITH, *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, n. 2/1999, vol. LII, pp. 403 ss.; G.R. STONE, *Understanding Supreme Court Confirmations*, cit., pp. 386 ss.; D.G. TANNENBAUM, *Explaining Controversial Nominations: The Fortas Case Revisited*, in *Presidential Studies Quarterly*, n. 3/1987, vol. XVII, pp. 573 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., pp. 18-19; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 9-10; K.E. WHITTINGTON, *Presidents, Senates, and Failed Supreme Court Nominations*, in *The Supreme Court Review*, n. 1/2006, pp. 401 ss.

²⁵ Roberts fu infatti confermato dal Senato con 78 voti a favore e 22 contrari. Per quanto riguarda le conferme dei giudici nominati successivamente, il giudice Alito venne confermato con 58 a favore e 42 contrari; il giudice Sotomayor con 68 a favore e 31 contrari; il giudice Kagan con 63 a favore e 37 contrari; il giudice Gorsuch con 54 a favore e 45 contrari; il giudice Kavanaugh con 50 a favore e 48 contrari; il giudice Barrett con 52 a favore e 48 contrari. Per quanto riguarda, infine, il giudice Ketanji Brown, che ha preso il posto del dimissionario giudice Breyer, è stata recentemente confermata dal Senato con 53 voti a favore e 47 contrari. Sulle basse votazioni di conferma degli ultimi giudici insiste anche D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., p. 124.

²⁶ Il rischio è avere tribunali costituzionali o corti supreme monopolizzati da un solo schieramento politico, divenendo, da istituzioni di garanzia, docili strumenti nelle mani di quest'ultimo, sulla falsariga di quanto già avvenuto in Polonia e in Ungheria. Oltre al già citato saggio di Michael Klarman, si veda J. SAWICKI, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dell'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, pp. 143 ss., 160 ss.

²⁷ 142 S Ct. 2111 (2022). Su questa decisione, si vedano i commenti di N. CEZZI, *"Le origini sono un inizio che spiega"*. *NYSRPA v. Bruen e il porto d'armi come diritto costituzionale tradizionale*, in *Diritticomparati.it*, 18 ottobre 2022; L. SERAFINELLI, *Il*

West Virginia v. E.P.A. (2022)²⁸, in cui invece ha finito per teorizzare l'esistenza di due singolari diritti, ovverosia quello di girare armati, come se si fosse nel *Far West*, e quello di poter inquinare liberamente dietro autorizzazione della stessa Corte Suprema. Rimane oggettivamente difficile comprendere perché il diritto all'interruzione di gravidanza non abbia fondamento costituzionale, mentre tali diritti lo abbiano, e perché il *judicial restraint*, proclamato in ogni momento, valga solo quando si tratta di alcuni interessi, e non invece quando si tratta di altri interessi²⁹.

Al di là del sincero disgusto che possono provocare, le tre sentenze sono comunque importanti per concorrere a smontare una delle tante mitologie giuridiche sull'originalismo³⁰, e, più in generale, su ciò è sta-

Secondo Emendamento e il diritto e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici. Commento a New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen, con note minime sulle implicazioni sulla Firearms Tort Litigation negli Stati Uniti, in *DPCE Online*, n. 3/2022, vol. LIII, pp. 1619 ss.

²⁸ 142 S. Ct. 2587 (2022). Su questa decisione, si veda G. GRASSO, *Respectfully, I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2022, pp. 445 ss.; L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, vol. LIII, pp. 1597 ss.

²⁹ Per una comparazione tra le tre diverse sentenze, si veda V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion Laws and Private Enforcement*, in *DPCE Online*, n. 1/2023, n. spec., vol. LVI, pp. 249 ss., secondo cui a p. 251, pur avendo *Dobbs* e *Bruen* in comune un approccio originalista (o, più precisamente, tradizionalista) nella interpretazione del testo costituzionale, la differenti conclusioni da parte della maggioranza andrebbero cercate nel fatto che la *privacy* e il diritto all'interruzione di gravidanza, a differenza del diritto di portare armi, non sarebbero sanciti dal testo della costituzione, ma da una interpretazione sostanziale della clausola del *due process*.

³⁰ Sull'originalismo in generale, si vedano R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 180 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 315 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, pp. 36 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 260 ss., 269 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 132 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, 2010, pp. 448 ss., 740-741; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 281 ss.; A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity*, cit., pp. 140 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 205 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., pp. 141 ss.; W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, in *The Pluralist*, n. 1/2014, vol. IX, pp. 39 ss.; A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione, I. Premesse teoriche*, II ed., Napoli, 2016, pp. 185 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 133 ss.; L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costitu-*

to chiamato interpretivismo (*interpretivism*)³¹, del quale l'originalismo non è altro che una rielaborazione più moderna³², oltretutto quello di limitare il potere discrezionale dei giudici³³. È un dato di fatto che sia la Corte Rehnquist che la Corte Roberts, nonostante abbiano avuto un gran numero di giudici sostenitori dell'*interpretivism* (testualisti o originalisti che siano) siano Corti attiviste³⁴. Un atteggiamento così aggressivo da parte dei sostenitori di teorie che astrattamente professano il *judicial restraint* non deve stupire: non potendo fare ricorso, per via dei precedenti della Corte Warren e della Corte Burger, al più classico dei principi del conservatorismo giudiziale (lo *stare decisis*), le maggioranze conservatrici della Corte Rehnquist (prima) e della Corte Roberts (poi), non hanno fatto altro che rispolverare il classico arma-

zionale, cit., pp. 501 ss.; AA.VV., *Originalismo e Costituzione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, interventi di C. Caruso, L.P. Vanoni, N. Zanon, Q. Camerlengo, O. Chessa, M. D'Amico, G. Razzano, C. Valentini, e C. Bologna; G. ROMEO, *Are we (truly) all originalist now? The debate on constitutional interpretation and the Biden Presidency*, in *DPCE Online*, n. 1/2023, n. spec., vol. LVI, pp. 109 ss.

³¹ Sulla *summa divisio* tra *interpretivism* e *non-interpretivism*, rinvio ad A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 6 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 265 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 1 ss.

³² Sulla distinzione tra *interpretivism* e *original intent*, si veda A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., pp. 37-38, che sottolinea come l'*interpretivism* sia il genere, e l'*original intent* la specie. Una diversa ricostruzione è quella di P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., pp. 294-295, secondo il quale mentre l'*interpretivism* ammette comunque l'indagine sul testo con una pluralità di metodi, l'originalismo, anche nella versione testualista, considera esclusivo l'accertamento storico del significato di una disposizione.

³³ Cfr., in proposito, S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 317, che evidenzia come una delle ricorrenti affermazioni degli originalisti fosse che il ricorso all'intento dei costituenti avrebbe impedito ai giudici di fare richiamo alle loro preferenze politiche per risolvere le controversie. Sul fallimento dell'originalismo, si sofferma R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., p. 198, secondo il quale l'originalismo non può salvare dal potere dei giudici, ma, anzi, le sue distinzioni arbitrarie finiscono con l'intensificare proprio quel potere.

³⁴ Di un assalto alla costituzione da parte della Corte Rehnquist negli anni '90, nel segno di un programma politico-costituzionale reazionario, parla C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 94-95. Di un predominio, sia nella Corte Rehnquist che nella Corte Roberts, dei conservatori, i quali interpretano la Costituzione e gli altri testi legislativi dall'interno del loro orizzonte conservatore, parla S.M. FELDMAN, *Court-Packing Time?*, cit., pp. 1529 ss.

mentario formalistico sulla neutralità dei principi³⁵, associandoli arbitrariamente a una posizione di *self-restraint* giudiziario³⁶.

In questo lavoro intendo analizzare la sentenza *Dobbs* alla luce di queste problematiche. Prenderò in considerazione in primo luogo l'*opinion of the Court* redatta dal giudice Alito, di cui sottolineerò le contraddizioni intrinseche. Passerò poi ad occuparmi della *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor e le due *concurring opinions* più estreme, ovvero sia quella del *Chief Justice* Roberts, la più vicina alla minoranza dissenziente, tanto da concorrere solo nel giudizio sulla costituzionalità della legge del Mississippi, e quella del giudice Thomas, la più lontana dai giudici dissenzienti, e, nello stesso tempo, anche la più esplicita nel teorizzare una sorta di programma politico-giudiziario volto a cancellare le conquiste in materia di diritti civili degli ultimi 60 anni.

Passerò poi ad interrogarmi sui limiti dell'originalismo come teoria ermeneutica e sulla evidente deriva estremistica della Corte Roberts. A tal proposito, opererò una comparazione con la *Lochner Era*: così come le corti della *Lochner Era* interpretavano la costituzione statunitense sulla base delle loro visioni conservatrici³⁷, nascondendosi dietro la neutralità dei principi ed uno schermo di tipo formalistico (la naturalità e l'apoliticità del diritto)³⁸, così ugualmente la maggioranza

³⁵ Critico è S.M. FELDMAN, *Court-Packing Time?*, cit., p. 1538, ove sottolinea come l'idea di un giudizio apolitico da parte della Corte Suprema non sia altro che un mito. Sul legame tra neutralità dei principi e *original understanding*, si vedano R.H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1991, pp. 143 ss.; A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, n. 4/1989, vol. LVI, pp. 1175 ss.

³⁶ Molto critico è A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 47, che già 20 anni orsono rilevava come decisioni come *R.A.V. v. St. Paul* (505 U.S. 377), basate su argomenti volti a ricostruire l'intenzione originaria dei costituenti, fossero espressione di un forte attivismo giudiziario. In senso simile, si veda anche ID., *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 10, ove sottolinea che le teorie originaliste e testualiste fanno della loro assenza di "sofisticazione ermeneutica" un vero e proprio punto di forza per veicolare un'operazione ideologica di sostegno ad un attivismo giudiziario mascherato da deferenza. Sul legame tra originalismo e massimalismo sul piano giurisprudenziale, si veda C. VALENTINI, *Democrazia, repubblicanesimo e razionalità deliberativa. Il costituzionalismo di Cass Sunstein*, II ed., Bologna, 2012, pp. 148 ss.

³⁷ Sul paragone con la *Lochner Era*, si veda M. SOHONI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, in *The Georgetown Law Journal*, n. 5/2019, vol. CVII, pp. 1323 ss.

³⁸ Sulla neutralità come paradigma dominante della *Lochner Era* insiste M. SOHO-

della Corte Roberts interpreta la costituzione statunitense sulla base di visioni iperconservatrici (finanche reazionarie), nascondendosi dietro la neutralità dei principi ed uno schermo di tipo formalistico (l'*original intent* o l'*original meaning*)³⁹ Concluderò infine il contributo con l'individuazione di possibili rimedi alla deriva della Corte Suprema.

2. La sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

2.1. L'opinion of the Court

Parlando della sentenza *Marbury v. Madison* (1802)⁴⁰, il primo teorico dell'originalismo, Robert Bork, non aveva esitato a qualificare l'*opinion of the Court* redatta dal *Chief Justice* Marshall come «prolissa, astuta ed intellettualmente disonesta»⁴¹. L'accusa della disonestà intellettuale, a mio avviso, si può perfettamente trasporre alla *opinion of the Court* redatta dal giudice Alito, soprattutto per quel che riguarda l'analisi storica, e la disinvoltura nelle citazioni dei precedenti. A prescindere da questi aspetti, *Dobbs*, come dimostra la mole di commenti suscitati sia negli Stati Uniti che in Italia⁴², rimane

NI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, cit., pp. 1333-1334. Sui caratteri di quella che è stata chiamata l'ortodossia giuridica classica, si veda soprattutto M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, tr. it. a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2004, pp. 17 ss., che sottolinea a pp. 23 ss. come l'idea di neutralità fosse alla base di una sentenza molto discutibile come *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (157 U.S. 429). Si veda, inoltre, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham-London, 1993, pp. 61 ss.

³⁹ Sull'originalismo come forma di neopositivismo insiste A. PIN, *Precedenti e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 133, che però sembra sottolinearne anche il tenue legame con il positivismo ottocentesco.

⁴⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). La traduzione parziale in italiano è in G. BUTTÀ (a cura di), *John Marshall. Judicial Review e stato federale*, Milano, 1998, pp. 1 ss.

⁴¹ Cfr. R.H. BORK, *Il Giudice sovrano. Coercing virtue*, tr. it. a cura di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata, 2002, p. 32.

⁴² Tra i numerosi commenti, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., pp. 208 ss.; G. AZZARITI, *La Costituzione fuori dalla storia, Il Manifesto*, 28 giugno 2022; V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 252 ss.; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritticomparati.it*, 14 luglio 2022; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in

una decisione controversa, e che probabilmente esaspererà le contrapposizioni⁴³.

Si può dire che in tutta l'*opinion* campeggino le ombre sinistre di William Rehnquist e di Antonin Scalia, che vengono più volte richiamati. In particolare, dell'*ex-Chief Justice* vengono citate non solo le *opinions* in *Roe* e *Casey*, ma anche le concezioni restrittive del *due process* affermate nella *opinion of the Court* di *Washington v. Glucksberg* (1997)⁴⁴. In questa decisione, il *Chief Justice*, a nome della Corte, aveva negato che la clausola del *due process* prevista dal XIV Emendamento tutelasse anche il diritto al suicidio assistito, negando, per ciò stesso,

Corti supreme e salute, n. 2/2022, pp. 393 ss.; G. CAPORALI, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 34/2022, pp. 38 ss.; M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n. spec., pp. 73 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica "direzione" dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, *ivi.*, pp. 115 ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., pp. 17 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 42 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali-Rassegna*, n. 3/2022, pp. 181 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *ivi.*, pp. 196 ss.; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 15/2022, pp. 73 ss.; R. JOHNSON, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, in *The Political Quarterly*, n. 4/2022, vol. XCIII, pp. 612 ss.; Y. LINDGREN, *Dobbs v. Jackson Women's Health and the Post-Roe Landscape*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1/2022, vol. XXXV, pp. 235 ss.; M.R. MARELLA, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 26 settembre 2022; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, n. 3/2022, vol. LIII, pp. 1609 ss.; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2022, pp. 659 ss.; L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022, parte I, pp. 32 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, pp. 23 ss.

⁴³ Cfr., in proposito, D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, cit., p. 4, secondo cui l'*overruling* di *Roe* e *Casey*, lungi dal semplificare il quadro, aumenterà il contenzioso giurisdizionale.

⁴⁴ 521 U.S. 702 (1997). La traduzione parziale in italiano è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 203 ss.

l'esistenza di un diritto a morire opponibile nei riguardi della legislazione statale⁴⁵.

L'*opinion of the Court* in *Dobbs* riprende infatti tutti i capisaldi di *Glucksberg*: una interpretazione testualista del *Bill of Rights* e dei diritti fondamentali; una concezione minimalista della clausola del *due process*, da cui consegue la tesi che solo i diritti *deeply rooted* nella storia e nella tradizione costituzionale statunitense possano essere opponibili alla legislazione statale se non espressamente previsti⁴⁶; l'idea che gli altri diritti non compresi in questo elenco debbano trovare la loro tutela esclusivamente a livello statale, attraverso la dialettica democratica⁴⁷. La scelta di *Glucksberg* non è affatto peregrina, ma si giustifica proprio in virtù della sua lettura restrittiva, per non dire quasi negazionista, della autonomia personale⁴⁸.

Sulla base di questi presupposti logici e metodologici, la conclusione è inequivocabile: *Roe* è stata un errore, perché ha dato dignità costituzionale ad un diritto, quello alla interruzione di gravidanza, che non alcun aveva fondamento nel testo costituzionale, in quanto il XIV Emendamento non protegge il diritto all'interruzione di gravidanza⁴⁹, né, tanto meno, aveva fondamento nei testi delle costituzioni statali, o era stato riconosciuto come tale da una corte federale o da una corte

⁴⁵ Sulla sentenza *Glucksberg*, si vedano B. BARBISAN, *Il "diritto a morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2001, pp. 175 ss., spec. pp. 196 ss.; J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, IV ed., St. Paul (Minn.), 1999, pp. 224 ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, pp. 90 ss.; J.A. MELCHOIR, *The Quiet Battle for the Heart of Liberty – A Victory for the Cautious: Washington v. Glucksberg*, in *University of Cincinnati Law Review*, n. 4/1998, vol. LXVI, pp. 1359 ss.; G. PONZANELLI, *La Corte Suprema esclude la garanzia costituzionale del "right to assisted suicide"*, ne *Il Foro Italiano*, n. 2/1998, parte IV, pp. 76 ss.; N. TESTA, *Sentenced to Life? An Analysis of the United States Supreme Court's Decision in Washington v. Glucksberg*, in *Nova Law Review*, n. 3/1998, vol. XXII, pp. 821 ss.

⁴⁶ 142 S. Ct. 2228, 2242.

⁴⁷ 142 S. Ct. 2228, 2243. Critica su questo passaggio è L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne*, cit., pp. 48-49.

⁴⁸ Non è quindi un caso che, dopo *Glucksberg*, la dottrina si sia interrogata sulla persistenza di un diritto alla autonomia personale. Si vedano J.P. SAFRANEK, S.J. SAFRANEK, *Can the Right to Autonomy Be Resuscitated after Glucksberg?*, in *University of Colorado Law Review*, n. 3/1998, vol. LXIX, pp. 731 ss.; L. SHEPERD, *Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay about Abortion, Death, and Crime*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, n. 2/1998, vol. VII, pp. 431 ss.

⁴⁹ 142 S. Ct. 2228, 2248.

statale⁵⁰. In questo contesto, non stupisce che *Roe* venga definita addirittura come «*egregiously wrong from the start*»⁵¹.

Tuttavia, nessuno dei capisaldi di *Glucksberg* è al riparo da critiche⁵². A parte le obiezioni che riguardano il testualismo in sé⁵³, si può ribattere che l'elenco dei diritti non può essere limitato solo a quelli previsti espressamente, in virtù del fatto che lo stesso *Bill of Rights* prevede una disposizione come il IX Emendamento⁵⁴, rispetto al quale l'orientamento prevalente in dottrina è che esso non crei diritti, ma sia comunque una regola interpretativa che legittima l'esistenza di diritti non enumerati⁵⁵. La Corte Suprema, tranne il caso della *concurring opi-*

⁵⁰ *Ibidem*. Per una ricostruzione del contesto giuridico, politico e sociale, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., pp. 29 ss.; L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash*, in *The Yale Law Journal*, n. 8/2011, vol. CXX, pp. 2028 ss.; R.L. WELBORN, *Abortion Laws*, cit., pp. 489 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., pp. 11 ss.

⁵¹ 142 S. Ct. 2228, 2243.

⁵² Molto critico nei riguardi dell'uso di *Glucksberg* è P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 121 ss.

⁵³ Critico nei riguardi di riguardi delle letture testualiste è G. AZZARITI, *La Costituzione fuori dalla storia*, cit., secondo cui l'affermazione delle peggiori prospettive testualiste finisce per sancire l'abbandono delle interpretazioni evolutive della Costituzione, ma finanche l'abbandono delle tesi che cercano di coniugare tradizione ed evoluzione sociale. Sulla impossibilità di interpretazioni rigidamente testualiste per i limiti del testo, si vedano J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 12 ss.; K. LEVY, *Why the Late Justice Scalia Was Wrong: The Fallacies of Constitutional Textualism*, in *Lewis & Clark Law Review*, n. 1/2017, vol. XXI, pp. 45 ss.; F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 210 ss.

⁵⁴ Sul IX Emendamento, si vedano A.R. AMAR, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Heaven-London, 1998, pp. 119 ss.; R.L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, in *Virginia Law Review*, n. 2/1983, vol. LXIX, pp. 223 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 34 ss.; S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 1/1988, vol. LXIV, pp. 131 ss.; J.E. LIND, *Liberty, Community, and the Ninth Amendment*, in *Ohio State Law Journal*, n. 5/1993, vol. LIV, pp. 1259 ss.; L.M. SEIDMAN, *Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism*, in *California Law Review*, n. 6/2010, vol. XCVIII, pp. 2129 ss.; S. SHERRY, *The Ninth Amendment: Righting an Unwritten Constitution*, in *Chicago-Kent Law Review*, 3/1988, vol. LXIV, pp. 1001 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 74 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 145 ss.; R.C. WILLIAMS, *The Ninth Amendment as a Rule of Construction*, in *Columbia Law Review*, n. 3/2011, vol. CXI, pp. 498 ss.

⁵⁵ Negano che il IX Emendamento crei diritti R.L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, cit., p. 228; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 75.

nion del giudice Goldberg nel caso *Griswold v. Connecticut* (1965)⁵⁶, lo ha utilizzato con molta parsimonia⁵⁷, ma non è detto che in futuro non possa cambiare atteggiamento, e, facendo propria la ricostruzione di Goldberg⁵⁸, arrivi a fondare diritti non enumerati direttamente sul IX Emendamento, come pure una parte della dottrina ha auspicato⁵⁹. Non è quindi un caso che siano proprio originalisti e testualisti a darne interpretazioni fortemente restrittive e svalutative⁶⁰.

Né minori problematiche solleva la lettura minimalista della clausola del *due process* accolta in *Dobbs*. La sentenza *Glucksberg*, che, in occasione del suo decennale, è stata definita «*tragically wrong*», è in aperta contraddizione con la successiva *Lawrence v. Texas* (2003)⁶¹,

⁵⁶ 381 U.S. 479 (1965). La traduzione italiana parziale è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., pp. 145 ss.

⁵⁷ Oltre alla già citata *concurring opinion* del giudice Goldberg, ed al breve riferimento ad esso contenuto nell'*opinion of the Court* in *Roe*, possono essere richiamati i casi *Richmond Newspapers v. Virginia* (448 U.S. 555) – riferimenti al IX Emendamento si trovano sia nella *Footnote* n. 15 della *opinion of the Court* del Chief Justice Burger, che nella *concurring opinion* del giudice Blackmun, che nella *dissenting opinion* del giudice Rehnquist, e *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186), dove il IX Emendamento veniva invocato dal convenuto e dal giudice Blackmun nella sua vigorosa *dissenting opinion*. Una traduzione italiana parziale della sentenza *Richmond Newspapers* è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., pp. 339 ss.

⁵⁸ 381 U.S. 479, 488 Sulla *opinion* del giudice Goldberg, si vedano A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity*, cit., p. 165; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 296. Critico è, invece, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, pp. 325 ss.

⁵⁹ Letture espansive del IX Emendamento sono, per esempio, quelle di A.N. KRUSCHE, *Finding a New Home for the Abortion Right under the Ninth Amendment*, in *ConLawNOW*, 2020, vol. XII, pp. 128 ss.; A. LAMPARELLO, *Fundamental Unenumerated Rights under the Ninth Amendment and the Privileges or Immunities Clause*, in *Akron Law Review*, n. 1/2016, vol. XLIX, pp. 179 ss.; C.J. SCHMIDT, *Revitalizing the Quiet Ninth Amendment: Determining Unenumerated Rights and Eliminating Substantive Due Process*, in *University of Baltimore Law Review*, n. 2/2003, vol. XXXII, pp. 169 ss.

⁶⁰ Si vedano R. BERGER, *The Ninth Amendment*, in *Cornell Law Review*, n. 1/1980, pp. 1 ss.; R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 183 ss.; K. LEVY, *Why the Late Justice Scalia Was Wrong*, cit., p. 69 ss.

⁶¹ 539 U.S. 558 (2003). Si vedano V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., pp. 139 ss.; A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., pp. 39-40; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti. Cosa possono fare le corti contro la discriminazione negli Stati Uniti d'America. Alberico Gentili Lectures (Macerata, 22-24 aprile 2013)*, a cura di B. Barbisan, Bologna, 2015, pp. 115 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, pp. 170 ss.; D.A.

tanto che ci si è chiesti se avrebbe potuto sopravvivere a quest'ultima⁶². D'altra parte, *Lawrence*, proprio per le sue caratteristiche peculiari, è stata considerata una delle massime espressioni della c.d. interdipendenza relazionale, ovvero sia una decisione giudiziale in opposizione ad una concezione gerarchica del potere giuridico e delle relazioni sociali⁶³. Non è quindi un caso che il giudice Alito preferisca richiamare la concezione restrittiva accolta in *Glucksberg*, anziché quella decisamente più estesa, accolta nella successiva decisione del 2003⁶⁴.

Anche l'affermazione della necessità che i diritti oggetto di *incorporation* debbano essere *deeply rooted in the Nation's history and tradition* suscita parecchi dubbi⁶⁵. In particolare, discutibile è l'affermazione secondo cui l'interruzione di gravidanza non sarebbe un diritto *deeply rooted* nelle tradizioni costituzionali statunitensi, ma, anzi, oggetto di una *unbroken tradition* di punizione sul piano penale dalle origini del *common law* sino al 1973⁶⁶. A parte il fatto che la punizione penale dell'interruzione di gravidanza, come si avrà modo di vedere, non è affatto così monolitica come lascia intendere l'*opinion* del giudice Alito, quel che colpisce negativamente è proprio la filosofia profondamente reazionaria (comunitarista ed organicista) che sorregge l'intero discorso⁶⁷. Non si capisce infatti perché i diritti dovrebbero essere *deeply ro-*

KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 325 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013, pp. 48 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 135 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 816 ss.

⁶² Si vedano Y. KAMISAR, *Foreword: can Glucksberg survive Lawrence? Another look at the end of life and personal autonomy*, in *Michigan Law Review*, n. 8/2008, vol. CVI, pp. 1453 ss.; E. CHERMERINSKY, *Washington v. Glucksberg was tragically wrong, ivi*, pp. 1501 ss.

⁶³ Sottolinea questo aspetto R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 116 ss.

⁶⁴ Critici sul riferimento a *Glucksberg* sono anche A. BURATTI, *Egregiously Wrong*, cit., p. 5; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., p. 18; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovette*, cit., pp. 45-46.

⁶⁵ Critico su questa affermazione è anche M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, cit., p. 78. Forti perplessità sull'*historical test* proposto da Rehnquist in *Glucksberg* sono sollevate da B. BARBISAN, *Il "diritto a morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, cit., pp. 199 ss.

⁶⁶ 142 S. Ct. 2228, 2253-2254. Critica su questo passaggio è L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne*, cit., p. 43.

⁶⁷ Sulle componenti comunitariste e tradizionaliste presenti nel pensiero del giudice Alito si soffermano L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., p. 12.

oted nella tradizione e nella storia, quando la sensibilità sociale cambia con il tempo⁶⁸. D'altro canto, va tenuto presente anche che, nel caso *Obergfell v. Hodges* (2015)⁶⁹, l'*opinion of the Court* arriva a qualificare l'approccio utilizzato in *Glucksberg* come incoerente rispetto agli approcci utilizzati dalla stessa Corte Suprema per quanto riguardava gli altri diritti fondamentali, tra cui matrimonio e sfera intima⁷⁰.

Ugualmente discutibile è il terzo capisaldo, ovvero sia il lasciare la tutela degli *unenumerated rights* alla legislazione statale. L'esperienza storica ha dimostrato che lasciare gli Stati guardiani dei diritti spesso è come lasciare una faina a guardia di un pollaio⁷¹. Inoltre, decidere che una materia debba essere lasciata alla determinazione degli Stati è già di per sé una decisione⁷², in quanto non è altro che un modo ipocrita di negare un diritto, ma senza assumersene la responsabilità, dal momento che è difficile per il legislatore statale fare una scelta che smentisca in

⁶⁸ Critico su questo metodo di identificazione dei diritti fondamentali è A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 38, ove rileva che l'appiattimento dei diritti fondamentali sulla tradizione storica implica un'opzione ideologica conservatrice e conformista, che finisce per disarmare la Corte Suprema rispetto alla comprensione dei mutamenti sociali. Sul fatto che i problemi dell'oggi siano profondamente diversi da quelli dei *Framers* insiste anche A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 39.

⁶⁹ 576 U.S. 644 (2015). Su questa decisione, si vedano A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 40; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 337 ss.; G. ROMEO, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013-2014 e 2014-2015*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2015, pp. 1957 ss., spec. pp. 1984 ss.; A. SCHILLACI, «Enjoy liberty as we learn its meaning». «*Obergfell v. Hodges*» tra libertà, uguaglianza e pari dignità, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2015, pp. 639 ss.; A. SPERTI, *La sentenza Obergfell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, in *GenIUS*, n. 2/2015, vol. II, pp. 6 ss.

⁷⁰ 576 U.S. 644, 671. Sottolinea l'incompatibilità di *Glucksberg* con *Obergfell* anche A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, cit., pp. 29-30. Sull'incompatibilità di *Glucksberg* con *Lawrence* ed *Obergfell* insiste anche E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., p. 208.

⁷¹ Basti pensare a ciò che ha comportato questa scelta per quanto riguarda i diritti degli afroamericani, in virtù della interpretazione minimalista del XIV Emendamento accolta a partire dagli *Slaughterhouse Cases* del 1873 [83 U.S. (16 Wall.) 36]. Si vedano J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 166 ss.; A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., pp. 17-18; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 56 ss.; A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America*, cit., pp. 96 ss.

⁷² Si veda L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 85.

maniera plateale l'autorevolezza della decisione della Corte Suprema⁷³. D'altra parte, nel rimettere alle assemblee legislative statali la disciplina dell'interruzione di gravidanza, l'*opinion of the Court* non fa altro che ripetere uno dei classici argomenti della retorica antiabortista, ovvero sia che sulla interruzione della gravidanza debbano decidere i legislatori, e non i giudici⁷⁴. Non è quindi un caso che *Roe* venga accusata di avere determinato un corto circuito al processo democratico⁷⁵.

Per quanto riguarda l'analisi storica, è interessante notare che, mentre l'*opinion* di Blackmun in *Roe* tracciava un quadro che partiva dall'antica Grecia per arrivare sino agli anni '60, il giudice Alito, riprendendo le tesi di Rehnquist e in coerenza con l'ideologia originalista⁷⁶, si limita solo al XIX ed al XX secolo, e in particolare alla situazione esistente al momento in cui venne adottato il XIV Emendamento⁷⁷. È chiaro che la notevole restrizione dell'arco temporale oggetto dell'analisi storica è funzionale all'enfatizzazione della proibizione legislativa statale e alla giustificazione della affermazione che l'interruzione di gravidanza non fosse considerata un diritto, ma, anzi, un reato.

⁷³ Cfr., in questo senso, B. BARBISAN, *Il "diritto a morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, cit., p. 198.

⁷⁴ Per una critica, si vedano R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 139-140; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., pp. 80 ss.

⁷⁵ 142 S. Ct. 2228, 2265.

⁷⁶ Sul fatto che proprio l'indagine sulla storia legislativa di quando fu ratificato il XIV Emendamento costituisca un elemento di originalismo si sofferma A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., p. 19. In senso simile, si veda A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., p. 420. Sull'approccio originalista di *Dobbs* insistono anche G. BRUNELLI, *L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n. spec., pp. 17 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, ivi, pp. 87 ss.; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs": originalismo "estremo" e crisi del costituzionalismo negli States*, ivi, pp. 105 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., pp. 206 ss.

⁷⁷ È interessante notare come, al di là dei numeri diversi forniti, frutto di ricerche storiche più o meno approfondite, l'*opinion* di Alito ricalchi pedissequamente l'argomento originalista della *dissenting opinion* di Rehnquist, ovvero sia che l'aborto era considerato crimine nel momento in cui fu approvato il XIV Emendamento, e, di conseguenza, questa disposizione costituzionale non era invocabile per giustificare il diritto alla interruzione di gravidanza della donna. Sulle rozze semplificazioni del quadro storico operate dal giudice Alito, si sofferma anche A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, cit., p. 30.

Per dimostrare l'infondatezza della sentenza *Roe*, il giudice Alito si dilunga con una citazione di passi dei classici del *common law* (Bracton, Coke, Hale, Blackstone) per sostenere che l'aborto fosse considerato un crimine⁷⁸. A questa considerazione, egli aggiunge il fatto che esso era proibito dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali nel corso del XIX secolo⁷⁹, ed è proprio su questo punto che la ricostruzione mostra una serie di incongruenze⁸⁰. Dalla lettura dell'allegato all'opinione di maggioranza⁸¹, emerge chiaramente che gli *statutes* che sottoponevano a sanzione penale l'aborto prima del 1850 non erano affatto la stragrande maggioranza, e che il primo che viene citato è quello del Missouri del 1825, ovvero circa mezzo secolo dopo la Dichiarazione di Indipendenza e circa quasi 40 anni dopo l'approvazione della Costituzione federale⁸².

Va inoltre tenuto presente che sia la legislazione statale che la giurisprudenza immediatamente dopo la Rivoluzione, essendo direttamente influenzate dal *common law*, ammettevano tranquillamente la possibilità di abortire fino a che il feto non si fosse mosso (c.d. *quickening*)⁸³. Nonostante il giudice Alito tenda a dare l'immagine (distorta) di una sostanziale continuità tra *common law* e legislazione statuniten-

⁷⁸ 142 S. Ct. 2228, 2249 ss.

⁷⁹ 142 S. Ct. 2228, 2252-2253.

⁸⁰ Sul carattere mistificatorio di *Dobbs* insiste A. BURATTI, *Egregiously Wrong*, cit., pp. 2 e 5-6. Di uso manipolativo della storia parla E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 183.

⁸¹ 142 S. Ct. 2228, 2285 ss.

⁸² È interessante notare che, nella sua ricostruzione, il giudice Alito non cita affatto lo *statute* del Connecticut del 1821, che pure viene preso in considerazione in *Roe*, sia nella *opinion of the Court* che nella stessa *dissenting opinion* del giudice Rehnquist, ma solo la sua versione molto più restrittiva del 1860.

⁸³ Sul primo cinquantennio di storia costituzionale statunitense, si veda anche A.N. CABOT, *History of Abortion Law*, cit., pp. 93 ss., ove evidenzia il fatto che tutte le legislazioni statali contro l'aborto approvate tra il 1820 e il 1840 sottoponevano a sanzione penale l'aborto solo dopo il *quickening*, non prima. Sul fatto che la giurisprudenza non considerasse reato l'aborto procurato a donna consenziente prima che il feto avesse dato segni di vita, e, in alcuni casi, anche dopo i primi movimenti del feto, si vedano anche G. BOGNETTI, *Scritti scelti a cura di M. Iacometti*, Milano, 2015, pp. 2-3; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 37-38; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., p. 19; L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade*, cit., p. 2034; G.R. STONE, *The Road to Roe*, cit., p. 43; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 28; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., p. 12 (secondo cui l'aborto prima che il feto avesse dato segno di vita era permesso in più Stati fino al 1860-1870).

se prima di *Roe*, la questione è decisamente più complessa⁸⁴, in quanto è solo a partire dalla seconda metà del secolo XIX che la percezione sul fenomeno cambiò, e furono introdotte normative atte a reprimerlo in ogni stadio della gravidanza⁸⁵.

Alito cerca di rispondere a questa confutazione mutuando, a sua volta, una affermazione della già citata sentenza *Glucksberg* a proposito della rimozione delle sanzioni per il suicidio, ovvero sia il fatto che l'aborto non era considerato omicidio sino a che il feto non si fosse mosso, non significava che l'aborto fosse permesso⁸⁶. Tuttavia, si potrebbe replicare che un reato che ammetta una così ampia scriminante finisce per essere un reato *sui generis*, a maggior ragione considerando che era sempre ammessa la possibilità di abortire quando la vita della madre fosse in pericolo⁸⁷.

Altro punto dove l'*opinion* di Alito trasuda malafede è senza dubbio nell'invocazione dei precedenti oggetto di ribaltamento⁸⁸. Per corroborare l'idea che l'*overruling* di *Roe* e *Casey* sia fisiologico, Alito

⁸⁴ Si veda nuovamente A.N. CABOT, *History of Abortion Law*, cit., p. 95, ove sottolinea come, dal 1840 al 1860, solo 3 Stati (Maine, Pennsylvania, Massachusetts) si distaccavano dalla normativa inglese del 1803, punendo l'aborto in ogni fase della gestazione, e come alla proibizione legislativa non seguisse una giurisprudenza altrettanto repressiva: nel Maine, il primo Stato ad approvare nel 1840 uno *statute* integralmente punitivo dell'aborto, nessun caso giunse alla Corte Suprema dello Stato sino al 1927; nel Massachusetts, che pure aveva proibito nel 1845 ogni forma di aborto, non ci fu nessuna condanna nei 32 processi per aborto intervenuti tra il 1849 e il 1857.

⁸⁵ Si veda R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 36 ss., che sottolinea come le leggi restrittive in materia di aborto approvate dopo la Guerra Civile si inquadravano in un fenomeno di regolazione dei comportamenti sessuali da parte degli Stati (proibizione e persecuzione dell'omosessualità, proibizione della contraccezione, divieti matrimoniali nei riguardi dei disabili mentali, sterilizzazione forzata degli stessi, ecc.). Sulla introduzione di normative restrittive dell'aborto dopo il 1850, si vedano anche B. ANDREWS, *No Choice*, cit., pp. 19 ss.; G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., pp. 3-4; A.N. CABOT, *History of Abortion Law*, cit., pp. 100 ss.; G.R. STONE, *The Road to Roe*, cit., p. 44; R.L. WELBORN, *Abortion Laws*, cit., pp. 487-488.

⁸⁶ 142 S. Ct. 2228, 2250, ove Alito cita due soli casi a suffragio della sua tesi, uno del 1732 e uno del 1602.

⁸⁷ Sulla possibilità di aborto in caso di pericolo per la vita della madre, si veda G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., pp. 5-6; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., p. 38; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 34.

⁸⁸ Su questi profili, rinvio a G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n. spec., pp. 165 ss.

richiama il caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954)⁸⁹, che ha ribaltato l'infame *Plessy*, e *West Coast Hotel v. Parrish* (1937)⁹⁰, che aveva ribaltato *Adkins v. Children's Hospital* (1923)⁹¹. Viene richiamato anche il caso *Lochner*, che però non è mai stato ribaltato in modo esplicito, ma solo in modo indiretto in *United States v. Darby* (1941)⁹². In ogni caso, se la citazione di *West Coast Hotel*, che sancì l'abbandono della giurisprudenza "lochneriana", si può in qualche modo comprendere, il riferimento a *Brown* è quanto di più stridente con la *ratio* di *Dobbs*, come ha evidenziato anche parte della dottrina⁹³.

Brown v. Board of Education of Topeka è infatti una decisione storica⁹⁴, e costituisce il trionfo di quella *living constitution* che l'originalismo ha sempre duramente combattuto e criticato⁹⁵. È per lo meno singolare che, per sostenere l'*overruling* di *Roe*, i fautori dell'originalismo e del testualismo non trovino di meglio che fare riferimento ad una decisione che giustifica l'*overruling* della dottrina *separate*

⁸⁹ 347 U.S. 483 (1954). La traduzione parziale in italiano è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., pp. 1 ss.

⁹⁰ 300 U.S. 379 (1937).

⁹¹ 261 U.S. 525 (1923).

⁹² 312 U.S. 100 (1941).

⁹³ Critica è E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 187, la quale sottolinea come non sia accettabile equiparare *privacy* e autodeterminazione della donna alla segregazione razziale istituzionalizzata, tanto più che *Dobbs* sottrae un diritto alla tutela costituzionale, mentre *Brown* rappresenta l'inizio di un percorso che porta al *Civil Rights Act* del 1964.

⁹⁴ Sulla importanza di *Brown*, si soffermano B. ACKERMAN, *We the People, Volume 3. The Civil Rights Revolution*, Cambridge (Mass.)-London, 2014, spec. pp. 51 ss., 127 ss.; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 104 ss.; A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 244 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, 1999, pp. 23 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 174 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 122 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 291 ss.

⁹⁵ Sulla sentenza *Brown* come espressione della dottrina della *living constitution*, si veda M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 28, 85-86. Si veda, inoltre, A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 121 ss., secondo cui la Corte Warren non si trovò semplicemente di fronte alla necessità di decidere questioni attuali alla luce di un testo costituzionale che andava invecchiando, ma, ad aggravare la questione, vi era pure il fatto che si erano accumulati un numero cospicuo di precedenti, retaggio di una cultura largamente superata, cristallizzata grazie allo *stare decisis*. Sulla contrapposizione tra originalismo e *living constitution*, infine, si veda O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., pp. 174 ss.

but equal non sulla base di una ricerca sull'intenzione dei redattori del XIV Emendamento o del significato delle parole dell'epoca, ma sul fatto che fossero cambiate le condizioni⁹⁶. Proprio perché ispirata dall'idea di *living constitution*, la sentenza *Brown* conteneva un duro attacco alla possibilità di desumere dall'esame dei lavori preparatori del XIV Emendamento criteri atti a risolvere la questione giuridica della segregazione delle scuole⁹⁷. Secondo il *Chief Justice* Warren, redattore dell'*opinion of the Court*, non era riportando le lancette dell'orologio al 1868 o al 1896 che si potevano avere soluzioni⁹⁸.

D'altra parte, che la maggioranza conservatrice della Corte Roberts abbia comunque un rapporto problematico con *Brown* mi sembra evidente se si tiene presente che nell'*opinion of the Court* della sentenza *Parents Involved in Community School v. Seattle School District No. 1* (2007)⁹⁹, il *Chief Justice* Roberts aveva citato strumentalmente *Brown* per potere giustificare un annullamento di alcuni piani sulla distribuzione razziale negli istituti scolastici al fine di garantire la più ampia diversità razziale degli stessi, sostenendo che *Brown* proibiva essenzialmente l'uso di classificazioni di tipo razziale, provocando per ciò stesso una dura reazione non soltanto da parte del giudice Stevens¹⁰⁰, ma anche da parte della stessa dottrina¹⁰¹.

⁹⁶ Sul rigetto dell'originalismo insiste B. ACKERMAN, *We the People*, 3, cit., pp. 129-130. Si veda, inoltre, R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 164-165, che sottolinea come la decisione *Brown* non avrebbe potuto essere raggiunta da una Corte il cui obiettivo fosse stato semplicemente quello di restituire le aspettative concrete dei politici estensori del XIV Emendamento, dal momento che quegli stessi politici, dopo averlo approvato, segregarono prontamente le scuole pubbliche del *District of Columbia*.

⁹⁷ 347 U.S. 483, 489.

⁹⁸ 347 U.S. 483, 492. Sottolineano questo aspetto anche A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity*, cit., pp. 150-151; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 260; A. PIN, *La sovranità in America. Il federalismo di fronte alla Corte Suprema dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Padova, 2012, pp. 59-60; ID., *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 124; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 293-294.

⁹⁹ 551 U.S. 701 (2007). Su questa sentenza, si vedano D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 292 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 20 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 110-111; A. STERRITT, *New Originalist Interpretation of Parents Involved*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 1/2017, vol. XV, pp. 433 ss.; M. TUSHNET, *Parents Involved and the Struggle for Historical Memory*, in *Indiana Law Journal*, n. 2/2016, vol. XCI, pp. 493 ss.

¹⁰⁰ 551 U.S. 701, 803.

¹⁰¹ Cfr., in proposito, J.K. GOLDSTEIN, *Not Hearing History. A Critique of Chief*

È da rilevare peraltro che in *Brown*, più che la argomentazione tecnico-giuridica, prevale l'aspetto emozionale, attraverso il riferimento alle sofferenze psicologiche degli afroamericani, costretti ad un regime di segregazione scolastica che li teneva lontani dai loro coetanei¹⁰². Proprio per il suo carattere rivoluzionario di difesa delle minoranze oppresse, *Brown* si ricollega idealmente alle sentenze successive come *Roe* o come *Lawrence*, anche esse a difesa di minoranze oppresse come donne ed omosessuali¹⁰³, non certo a una sentenza come *Dobbs* che, invece, conculca la libertà delle donne, costringendole a tornare alle gerarchie sociali precedenti, nel nome della tradizione. Alla luce di queste considerazioni, quindi, non si può che concordare con quelle opinioni volte a mettere in evidenza come sia la decisione *Dobbs* ad essere profondamente sbagliata¹⁰⁴, non certo *Roe*.

2.2. *La dissenting opinion e le concurring opinions del Chief Justice Roberts e del giudice Thomas*

All'*opinion of the Court* si contrappone la lunga *opinion* redatta congiuntamente dai tre giudici dissenzienti (Breyer, Kagan e Sotomayor), che costituisce una sorta di narrazione alternativa volta a controbattere ogni singolo punto dell'opinione di maggioranza¹⁰⁵. In

Justice Robert's Reinterpretation of Brown, in *Ohio State Law Journal*, 5/2008, vol. LXIX, pp. 791 ss.

¹⁰² Sottolinea questo aspetto R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 53-54. Sulla importanza di questo aspetto della sentenza, si soffermano anche F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 271-272; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 294.

¹⁰³ Sulla sentenza *Brown* come espressione di una visione rivoluzionaria ed a favore delle minoranze oppresse insiste R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 50 ss., secondo il quale (ivi, p. 137) *Brown*, *Roe* e *Lawrence* sono da considerare come tipici casi in cui le Corti infrangono deliberatamente quei confini sociali prestabiliti che separano oppressore e oppresso, con riferimento alla relazione tra bianchi e neri, tra uomo e donna, e tra i sessi. Sul paragone tra *Brown*, *Roe* e *Lawrence* si sofferma anche V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., p. 140 e pp. 167-168.

¹⁰⁴ Cfr., in tal senso, A. BURATTI, *Egregiously Wrong*, cit., p. 6, che sottolinea come l'*opinion* di Alito sia errata non solo rispetto alla *concurring opinion* del Chief Justice, ma finanche alla *concurring opinion* del giudice Thomas.

¹⁰⁵ Sulla *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, si vedano L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 55 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 193 ss.; Y. LINDGREN, *Dobbs v. Jackson Women's Health and the Post-Roe Landscape*, cit., pp. 257 ss.; G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 175.

effetti, quasi in risposta alla gratuita affermazione di Alito su *Roe*, i dissenzienti partono dalla constatazione che *Roe* e *Casey* hanno protetto per mezzo secolo la libertà e l'eguaglianza delle donne: *Roe* ha infatti affermato, e *Casey* lo ha ribadito, che la costituzione salvaguarda il diritto della donna di decidere se portare o meno a termine la gravidanza, e che nelle prime fasi della gravidanza il governo non può interferire con le scelte della donna, né, tanto meno, controllare il suo corpo o il suo futuro¹⁰⁶.

Le più colpite dagli effetti di questa decisione saranno le donne prive di mezzi finanziari, che non potranno affrontare le spese per interrompere la gravidanza in un altro Stato¹⁰⁷, e saranno costrette ad utilizzare un metodo di aborto non sicuro, a subire danni fisici, o addirittura a morire¹⁰⁸. In particolare, dopo avere dato conto dei principali passaggi argomentativi di *Roe* e *Casey*, e il loro stretto legame coi precedenti¹⁰⁹, i giudici dissenzienti sottolineano come, a seguito della decisione *Dobbs*, venga negato ogni tipo di bilanciamento tra la libertà della donna e l'interesse dello Stato, riconoscendo solo questo ultimo¹¹⁰.

L'opinione di minoranza sottolinea anche la disinvoltura della maggioranza nell'analisi storica¹¹¹, e, in particolare, la rozza semplificazione operata a proposito della punizione penale dell'aborto, senza distinguere tra momento anteriore al *quickenning* e momento successivo¹¹². D'altra parte, l'ironia dei giudici dissenzienti si focalizza anche sul metodo originalista propugnato dalla maggioranza: se per la mag-

¹⁰⁶ 142 S. Ct. 2228, 2317.

¹⁰⁷ 142 S. Ct. 2228, 2318.

¹⁰⁸ 142 S. Ct. 2228, 2318-2319. Di violazione del diritto alla vita ed alla salute delle donne come effetto della sentenza *Dobbs* parla L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson*, cit., p. 668.

¹⁰⁹ 142 S. Ct. 2228, 2320 ss.

¹¹⁰ 142 S. Ct. 2228, 2323. Sul deliberato rifiuto del bilanciamento da parte della attuale maggioranza conservatrice si sofferma anche P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 140 ss., che sottolinea come la forma di *balancing* costituzionale che vigeva fino a *Dobbs*, ovvero sia l'*undue burden test*, pur essendo imperfetta, aveva funzionato comunque in modo dignitoso, permettendo un livello minimo accettabile di protezione uniforme, nonostante le spinte criminalizzatrici da parte di molti Stati. Sul fatto che la Corte Suprema in *Dobbs* abbia deliberatamente scelto, in nome di un *judicial restraint* estremo, il rifiuto di qualsiasi tipo di bilanciamento insistono anche S. PENASA, *People have the power!*, cit., pp. 1611-1612; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 665 ss.

¹¹¹ 142 S. Ct. 2228, 2323-2324.

¹¹² 142 S. Ct. 2228, 2324. Si veda anche E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 194.

gioranza bisogna leggere il XIV Emendamento nel significato che esso aveva nel 1868 all'atto della sua ratifica, non è così sorprendente che esso non ricomprendesse i diritti della sfera riproduttiva, per la semplice ragione che nel 1868 le donne non avevano pari diritti a quelli degli uomini, né facevano parte della comunità politica¹¹³.

Nel mostrare l'irrazionalità della prospettiva metodologica assunta dalla maggioranza, i giudici dissenzienti sottolineano che la Costituzione non congela per sempre la visione originaria di ciò che questi diritti garantivano¹¹⁴, in quanto gli stessi *Framers* erano consci del fatto che il mondo cambiasse con il tempo, adottando una formulazione dei diritti in termini generali, allo scopo di permetterne una interpretazione evolutiva¹¹⁵. In questa ottica, proseguono i tre giudici dissenzienti, l'eliminazione del diritto della donna all'interruzione della gravidanza non è affatto neutrale, come sostiene, invece, il giudice Kavanaugh¹¹⁶.

Un altro punto oggetto di dura replica da parte dei giudici dissenzienti è la scelta della maggioranza di ribaltare *Roe*, abbandonando lo *stare decisis*, principio cardine della *rule of law*¹¹⁷. Nonostante la maggioranza della Corte citi una trentina di casi a suffragio della propria scelta, essa poi non si cura di dare conto di quei cambiamenti significa-

¹¹³ 142 S. Ct. 2228, 2324-2325. Sottolinea l'importanza di questa argomentazione A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., p. 19. In senso simile, si vedano anche E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 194; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 123-124. Sulla mancata considerazione delle donne, in quanto non facenti parte della allora comunità politica insiste anche G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 173-174. È da rilevare, peraltro, che la piena partecipazione delle donne alla comunità politica fu sancita solo una cinquantina di anni più tardi, con la ratifica del XIX Emendamento (1920). Sulla sostanziale asimmetria di molte costituzioni, tra cui quella statunitense, rispetto ad una prospettiva orientata al genere, si sofferma E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., p. 209.

¹¹⁴ 142 S. Ct. 2228, 2326.

¹¹⁵ 142 S. Ct. 2228, 2325.

¹¹⁶ 142 S. Ct. 2228, 2328. Sulla *concurring opinion* del giudice Kavanaugh, si veda N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in AA.VV., *Originalismo e costituzione*, cit., che sottolinea come in essa venga affermato che, essendo la costituzione neutrale sul tema dell'aborto, la scelta su di esso non può che essere affrontata nel *democratic process* statale e federale. Di opinione pilatesca parla invece E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 191-192. Critici sono anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 97 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 127-128; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs"*, cit., pp. 111 ss.

¹¹⁷ 142 S. Ct. 2228, 2333.

tivi che giustificano l'*overruling* di mezzo secolo di giurisprudenza¹¹⁸. Secondo i dissenzienti, nessun cambiamento di fatto o di diritto ha eroso le due decisioni¹¹⁹: a loro avviso, l'unica vera ragione dell'*overruling* di *Roe* e *Casey* sta nel fatto che la maggioranza ha sempre disprezzato quelle decisioni, ed ora ha i voti per ribaltarle¹²⁰.

Per quanto riguarda i due più importanti casi citati nella *opinion* di maggioranza come esempi di *overruling* giudiziale (*West Coast Hotel* e *Brown*), i dissenzienti mettono in evidenza i cambiamenti significativi che giustificavano tali ribaltamenti. Per quanto riguarda *West Coast Hotel*, vi erano stati casi precedenti in cui la Corte Suprema aveva ammesso la costituzionalità di leggi statali di regolazione in materia economica¹²¹. Per quanto riguarda *Brown*, vi erano state decisioni volte a dichiarare incostituzionale l'esclusione degli studenti afroamericani dalle scuole pubbliche¹²². Nulla di tutto ciò può essere invocato invece ai fini dell'*overruling* di *Roe*, come d'altronde aveva messo in evidenza la stessa *Casey*, a cui fanno esplicito riferimento i giudici dissenzienti¹²³.

Per i giudici dissenzienti, *Roe* e poi *Casey* riflettevano i profondi cambiamenti che attraversavano la società americana dell'epoca¹²⁴. Il loro ribaltamento ha profonde conseguenze, in quanto l'aborto è una procedura medica comune nel caso in cui la contraccezione fallisca o comunque non possa essere utilizzata: negare alle donne il diritto alla interruzione della gravidanza significa distruggere una serie di progetti e di aspettative individuali, diminuendo anche le opportunità di partecipazione delle donne alla vita politica, economica e sociale¹²⁵. Innumerevoli donne saranno infatti costrette a prendere decisioni diverse

¹¹⁸ 142 S. Ct. 2228, 2334.

¹¹⁹ 142 S. Ct. 2228, 2334-2335.

¹²⁰ 142 S. Ct. 2228, 2335.

¹²¹ 142 S. Ct. 2228, 2341, ove vengono citati *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502) del 1934 e *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.* (282 U.S. 251) del 1931

¹²² 142 S. Ct. 2228, 2342, ove vengono citati i casi *Sweatt v. Painter* (339 U.S. 629) del 1950; *Sipuel v. Board of Regents of Univ. of Oklahoma* (332 U.S. 631) del 1948; *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (305 U.S. 337) del 1938.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ 142 S. Ct. 2228, 2343, ove i giudici dissenzienti sottolineano che solo 12 anni prima di *Roe*, nel caso *Hoyt v. Florida* (368 U.S. 357) del 1961, prevaleva ancora la visione della donna come centro della casa e della vita familiare.

¹²⁵ 142 S. Ct. 2228, 2343-3244.

su tutta una serie di questione (carriera, istruzione, relazioni, rimanere incinta) senza poter più contare su *Roe* come sostegno¹²⁶.

Decisamente più moderata nei toni rispetto alla estremistica *opinion* di Alito è l'*opinion* del *Chief Justice*, che concorre solo nel giudizio sulla costituzionalità dello *statute* del Mississippi¹²⁷. Il *Chief Justice* concorda con la maggioranza sulla necessità di *overruling* del criterio della *viability* stabilita in *Roe* e *Casey*¹²⁸. Tuttavia, in virtù dell'adesione al principio del *judicial restraint*, egli non ritiene si debba andare oltre, in special modo quando la Corte sceglie di ripudiare un diritto costituzionale non solo precedentemente riconosciuto, ma anche, in virtù della dottrina dello *stare decisis*, espressamente riaffermato¹²⁹.

Per quanto riguarda il superamento del criterio della *viability* affermato in *Roe*, il *Chief Justice* lo ritiene un criterio sbagliato, e cita a suffragio della sua affermazione la critica di John Hart Ely, quando rimprovera a *Roe* di scambiare una definizione per un sillogismo¹³⁰. A suo avviso, neanche in *Casey* è riscontrabile una giustificazione di questo criterio¹³¹. Da *Casey*, la giurisprudenza della Corte ha eroso le fondamenta del criterio della *viability*, tanto da farlo diventare una reliquia di un tempo in cui venivano riconosciuti solo due interessi che legittimavano la regolazione statale dell'aborto (salute della madre e protezione della vita potenziale del nascituro). Secondo Roberts, la regola della *viability* è sempre stata irragionevole¹³².

La revisione della regola della *viability* non comporta, tuttavia, il drammatico passo di cancellare il diritto alla interruzione di gravidanza, né, tanto meno, questo era l'intendimento iniziale dello Stato del Mississippi, che ha cambiato posizione solo dopo l'ottenimento del *certiorari* da parte della Corte: di fronte alla alternativa dicotomica se confermare o ribaltare *Roe*, la maggioranza ha scelto questa ulti-

¹²⁶ 142 S. Ct. 2228, 2246.

¹²⁷ Sulla *opinion* del *Chief Justice* Roberts, si vedano anche L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovette*, cit., pp. 53-54; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 192-193; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., pp. 218 ss.

¹²⁸ 142 S. Ct. 2228, 2310-2311. Sul fatto che la *viability line* fosse l'aspetto più critico di *Roe* e *Casey* si sofferma anche L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 662-663.

¹²⁹ 142 S. Ct. 2228, 2311.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ 142 S. Ct. 2228, 2311-2312.

¹³² 142 S. Ct. 2228, 2312.

ma¹³³. Tuttavia, il modo corretto di affrontare la questione era scartare il criterio della *viability* e lasciare per un'altra volta la questione sulla esistenza di un diritto alla interruzione della gravidanza¹³⁴. Questo approccio non sarebbe stato possibile se la *ratio* di *Roe* e *Casey* fosse stata inestricabilmente legata allo *standard* della *viability*, ma, a suo avviso, non lo era affatto¹³⁵.

Per Roberts, *Roe* aveva dato luogo a due distinte regole di diritto costituzionale: la prima, è che la donna aveva diritto di scegliere di terminare la gravidanza; la seconda, sussidiaria, è che a questo diritto poteva sovrapporsi un legittimo interesse statale alla conservazione della vita quando il feto era diventato vitale. Il *Chief Justice* si dichiara favorevole a superare la seconda regola, ma non la prima, in quanto il superamento della regola sussidiaria era, a suo avviso, sufficiente per decidere la causa a favore del Mississippi, il cui *statute*, che permetteva l'interruzione di gravidanza nelle prime 15 settimane, consentiva una adeguata possibilità di esercitare il diritto tutelato da *Roe*¹³⁶.

La scelta di ribaltare *Roe* e *Casey* è, per il *Chief Justice*, un serio colpo al sistema legale. A suo avviso, una decisione più ristretta che avesse riguardato solo il criterio della *viability* sarebbe stata meno inquietante. Quanto ai precedenti invocati nella *opinion of Court* per giustificare l'*overruling*, Roberts osserva che nessuno dei casi citati costituiva un modello per la decisione in questione¹³⁷. La sua decisione di concorrere solo nel giudizio sulla legge del Mississippi è determinata dal fatto che sia l'*opinion of the Court* che la *dissenting opinion* mostrano una inflessibile libertà dal dubbio sulla questione legale che non può condividere, in quanto un divieto di interruzione della gravidanza sin dal momento del concepimento non può essere equiparato ad un divieto dopo 15 settimane¹³⁸.

Una menzione a parte, per il suo dichiarato estremismo solipsisti-

¹³³ 142 S. Ct. 2228, 2313. Sottolinea questo passaggio anche S. PENASA, *People have the power!*, cit., p. 1612.

¹³⁴ 142 S. Ct. 2228, 2313-2314, ove viene fatto riferimento al caso *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490) del 1989.

¹³⁵ 142 S. Ct. 2228, 2314.

¹³⁶ 142 S. Ct. 2228, 2315.

¹³⁷ 142 S. Ct. 2228, 2316.

¹³⁸ 142 S. Ct. 2228, 2316-2317, ove viene citata non a caso un passo di una *opinion* del giudice Felix Frankfurter, uno dei massimi teorici del *judicial restraint*.

co, merita infine la *concurring opinion* del giudice Clarence Thomas¹³⁹. La prima cosa che balza agli occhi è l'estrema brevità, rispetto alla lunghezza dell'*opinion* di Alito. La seconda cosa che sorprende è senza dubbio il narcisismo patologico che la permea: in tutta l'*opinion* la stragrande maggioranza delle *opinions* citate non sono altro che autocitazioni di *opinions*, concorrenti e dissenzienti, dello stesso giudice Thomas, con le eccezioni rappresentate da un passo della già citata *Washington v. Gluckseberg*, da *Reno v. Flores* (1993)¹⁴⁰, da *Collins v. Harker Heights* (1992)¹⁴¹, dalla *concurring opinion* di Scalia in *United States v. Carlton* (1994)¹⁴², dalla *dissenting opinion* del giudice White in *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (1986)¹⁴³, dalla *opinion* del giudice Blackmun in *Casey*, da un passo di *Eisenstadt v. Baird* (1972)¹⁴⁴, da *Armour v. Indianapolis* (2012)¹⁴⁵, dalla già citata *Dred Scott*, e dalla *dissenting opinion* del Chief Justice Roberts nella già citata *Obergfell*, ove viene sostenuto che *Dred Scott* è stata ribaltata sui campi di battaglia della guerra civile¹⁴⁶.

Tra le ulteriori peculiarità della *concurring opinion* del giudice Thomas c'è anche l'indicazione, quasi come se si trattasse di un programma politico¹⁴⁷, delle decisioni da ribaltare subito dopo *Roe*, in quanto

¹³⁹ Sul solipsismo della *opinion* di Thomas, insiste anche L. RONCHETTI, *La decostruzione in chiave populista sul corpo delle donne*, cit., p. 34. Di opinione radicale parla anche E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 190. Si veda anche L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 57 ss.

¹⁴⁰ 507 U.S. 292 (1993). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 233 ss.

¹⁴¹ 503 U.S. 115 (1992).

¹⁴² 512 U.S. 26 (1994).

¹⁴³ 476 U.S. 747 (1986). Su questa decisione che riafferma *Roe*, si vedano J.J. KNICELY, *The Thornburgh and Bowers Cases: Consequences for Roe v. Wade*, in *Mississippi Law Journal*, n. 2/1986, vol. LVI, pp. 267 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 14-15; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., pp. 83 ss.

¹⁴⁴ 405 U.S. 438 (1972). Sulla sentenza *Eisenstadt*, si vedano A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 338-339; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., p. 76; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli 2017, pp. 63-64; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 155; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 183-184; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., p. 133. Forti critiche nei riguardi di questa decisione sono in R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 110-111.

¹⁴⁵ 566 U.S. 673 (2012).

¹⁴⁶ 576 U.S. 644, 696.

¹⁴⁷ Sul dichiarato estremismo della *opinion* di Thomas si sofferma anche G. AZZARITI, *La Costituzione fuori dalla storia*, cit., secondo il quale il rischio di una riduzione

espressioni della *substantive due process doctrine*, ovvero sia i già citati casi *Obergfell*, *Lawrence* e *Griswold*. In questo elenco mancano però alcune decisioni che pure sono state adottate in virtù della *substantive due process doctrine*: da *Meyer v. Nebraska* (1923)¹⁴⁸, a *Pierce v. Society of Sisters* (1925)¹⁴⁹, a *Skinner v. Oklahoma* (1942)¹⁵⁰, a *Loving v. Virginia* (1967)¹⁵¹, alla già citata *Eisenstadt v. Baird*, a *Moore v. City of East Cleveland* (1977)¹⁵², a *Carey v. Population Services International* (1977)¹⁵³, a *United States v. Windsor* (2013)¹⁵⁴.

Se le prime tre decisioni probabilmente non creano problemi per chi pensa sia bene riportare le lancette dell'orologio indietro agli anni '50 del XX secolo, e se *Eisenstadt* e *Carey* sono, così come *Roe*, niente altro che sviluppi della nozione di *privacy* teorizzata per la prima volta in *Griswold*, e se *Windsor* anticipa in qualche modo *Obergfell*, incomprensibili appaiono invece la mancata citazione di *Loving* e del diritto alla libera scelta del coniuge¹⁵⁵, così come del caso *Moore* e della libertà

della Costituzione statunitense ad un totem a difesa della conservazione è dietro l'angolo.

¹⁴⁸ 262 U.S. 390 (1923). La traduzione parziale in italiano è in A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, 2006, pp. 104 ss.

¹⁴⁹ 268 U.S. 510 (1925). *Ivi*, pp. 149 ss.

¹⁵⁰ 316 U.S. 535 (1942). Sull'importanza di questa decisione, che supera per la prima volta il paradigma proprietario della *privacy* per estenderla all'autodeterminazione personale. Si vedano A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., pp. 135-136; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 69.

¹⁵¹ 388 U.S. 1 (1967). La traduzione parziale in italiano è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., pp. 187 ss.

¹⁵² 431 U.S. 494 (1977). Sulla decisione *Moore*, si vedano J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 214-215; A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., pp. 35-36; F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., pp. 190 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 69-70; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., p. 133.

¹⁵³ 431 U.S. 678 (1977). Il testo parzialmente tradotto in italiano della sentenza è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 5 ss.

¹⁵⁴ 570 U.S. 744 (2013). Su questa decisione, si vedano B. ACKERMAN, *We the People*, 3, cit., pp. 307 ss.; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 126 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 332 ss.; A. SCHILLACI, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma 2014, pp. 195 ss., spec. pp. 209 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 54 ss.

¹⁵⁵ Su *Loving* come applicazione della *substantive due process doctrine* insiste L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 113-114. Si vedano, inoltre, B. ACKERMAN, *We the People*, 3, cit., pp. 300 ss.; J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in*

di scelta personale in materia di vita familiare. Qui si apre un'insanabile contraddizione nell'ambito della ricostruzione del giudice Thomas: o la *substantive due process doctrine* è davvero quella cosa orrenda e mostruosa che paventa, e allora non si capisce perché non siano state comprese anche le altre decisioni, oppure la *substantive due process doctrine* non è poi alla fine così infondata giuridicamente come vorrebbe fare credere.

Nella furiosa polemica di Thomas contro la *substantive due process doctrine* si intravedono echi delle tesi di Scalia, che, nella sua *dissenting opinion* nel caso *Chicago v. Morales* (1999)¹⁵⁶, non aveva esitato a parlare di usurpazione giudiziale¹⁵⁷, o di Bork, che la riteneva quasi una sorta di ancora di salvataggio per l'attivismo giudiziale, quando mancavano disposizioni costituzionali, neppure se ribaltate o forzate nel loro significato, idonee a fondare giuridicamente un potere dei giudici di creare diritto¹⁵⁸. In particolare, per Bork, l'applicazione del giusto processo sostanziale aveva dato luogo a quella che chiamava l'invenzione della *privacy* nel caso *Griswold*, ovvero sia di quello che riteneva un diritto ad uso e consumo della Corte stessa¹⁵⁹.

La polemica contro la *substantive due process doctrine* come prodotto della ideologia dei giudici *liberal* è strumentale e dimentica volutamente alcuni fatti ineludibili¹⁶⁰. Il primo è che essa è stata elaborata non dai giudici *liberal*, ma da giudici conservatori sul finire del XIX secolo, trovando accoglimento in tutta la giurisprudenza "lochneriana" in materia di libertà economiche¹⁶¹, anche se è controverso se la sua

a *Nutshell*, cit., pp. 213, 254-255; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 50-51. Su *Loving* come approccio alternativo all'*historical test* di *Glucksberg*, insiste B. BARBISAN, *Il "diritto a morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, cit., pp. 206 ss.

¹⁵⁶ 527 U.S. 41 (1999). Il testo parzialmente tradotto in italiano è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 252 ss.

¹⁵⁷ 527 U.S. 41, 85.

¹⁵⁸ Cfr., in proposito, R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, cit., pp. 53 ss.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 154.

¹⁶⁰ Molto critico su questo punto è anche P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 125 ss.

¹⁶¹ Si vedano L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., p. 73, che sottolineano come la Corte Suprema abbia protetto durante la *Lochner Era* un diritto non espressamente previsto dal *Bill of Rights* come la *liberty of contract*. Sulla *Economic Substantive Due Process Doctrine*, oltre al già citato lavoro di Gillman (*The Constitution Besieged*), si vedano J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 172 ss.; A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., pp. 20 ss.; L. FABIANO,

prima teorizzazione sia da individuare nel caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897)¹⁶², o in altri casi¹⁶³. Il secondo è che la sua estensione al tema dei diritti civili¹⁶⁴, iniziato con la Corte Warren, e poi proseguita con le corti successive, è stata teorizzata per la prima volta non dai giudici *liberal*, ma da un conservatore moderato come John Marshall Harlan II¹⁶⁵ nella sua celebre *dissenting opinion* in *Poe v. Ullman* (1961)¹⁶⁶. Il terzo è che l'utilizzazione della *substantive due process doctrine* nelle Corti Rehnquist e Roberts è stata portata avanti dal giudice Kennedy, che difficilmente può essere definito un *liberal* scatenato¹⁶⁷.

Tanto tuonò che piove, cit., pp. 58 ss.; M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, in *Wisconsin Law Review*, n. 2/1987, pp. 265 ss.

¹⁶² 165 U.S. 578 (1897).

¹⁶³ Per l'affermazione che il caso *Allgeyer* sia il primo in cui trovi ingresso la *substantive due process doctrine*, si veda E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 121. Si veda, tuttavia, M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, cit., pp. 270-271, secondo cui alcuni elementi della *economic substantive due process doctrine* si ritroverebbero in *Mugler v. Kansas* (123 U.S. 623), altri in *Allgeyer*. Di diverso avviso è R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, cit., pp. 33 ss., che, pur sottolineando l'importanza della sentenza *Allgeyer*, ritiene tuttavia (ivi pp. 31 ss.) che la prima applicazione della *substantive due process doctrine* sia avvenuta nel caso *Dred Scott v. Sanford*, ovverosia ben 11 anni prima che venisse approvato il XIV Emendamento. Sull'importanza della sentenza *Mugler*, si soffermano anche L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 27 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right. A Constitutional History of Property Rights*, III ed., Oxford-New York, 2008, pp. 90 ss.

¹⁶⁴ Sulla clausola del *due process* come clausola aperta che ha consentito la definizione di una quantità significativa di nuovi diritti ricondotti nell'alveo di tutela del XIV Emendamento insiste B. BARBISAN, *Il "diritto a morire" negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, cit., pp. 180 ss.

¹⁶⁵ Sulla qualificazione di John Marshall Harlan II come appartenente al *coté conservatore* della Corte Warren, insistono B. ACKERMAN, *We the People*, 3, cit., p. 315; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., p. 14 e p. 117. Sul giudice Harlan, inoltre, si veda T.E. YARBROUGH, *John Marshall Harlan: Great Dissenter of the Warren Court*, Oxford-New York, 1992.

¹⁶⁶ 367 U.S. 497 (1961), 522-555. Sull'importanza di questa *opinion* si vedano R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 231 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 294 ss.; M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, cit., pp. 295 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 104 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 161-162; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., p. 201. Critico sull'*opinion* del giudice Harlan è A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 42-43 e pp. 146-147. Sulla *opinion* del giudice Harlan come manifestazione di una concezione "cattolica", ovverosia fondata più sulla tradizione che non sul testo, insiste S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, cit., pp. 34-35.

¹⁶⁷ Sulla definizione del giudice Kennedy come «*conservative*», si sofferma L.H.

Il presupposto della critica di Thomas alla *substantive due process doctrine* è che essa, in quanto espressione del *judicial activism* della *Lochner Era*, riporterebbe alla identica situazione del 1937. In realtà, il rifiuto della *substantive due process doctrine* non comporta affatto una diminuzione dell'attivismo giudiziale, e la giurisprudenza della Corte Roberts ne è la prova più evidente. Come ha giustamente rilevato Stephen Griffin, anche se l'approccio seguito dai giudici durante la *Lochner Era* è stato abbandonato dopo il 1937, questo non vuol dire affatto che il ritorno della *substantive due process doctrine* nelle sentenze *Griswold* e *Roe* si sia tradotto in una nuova giurisprudenza lochneriana, poichè la nuova dottrina del giusto procedimento in senso sostanziale è stata applicata per finalità diverse e in un contesto ben diverso¹⁶⁸.

Certo, va tenuto presente che la *substantive due process doctrine* è stata alla base non solo di *Roe*, ma anche di *Casey*, dove il giudice Thomas era stato platealmente messo in minoranza. In *Casey*, infatti, viene affermato che sono centrali per la libertà protetta dal XIV Emendamento le scelte più intime e personali che una persona compie nel corso della sua vita, scelte fondamentali per la dignità personale e l'autonomia¹⁶⁹. Non è un caso, quindi, che nella *opinion of the Court* nel caso *Casey*, i riferimenti all'*opinion* del giudice Harlan in *Poe* siano molteplici, in quanto tale approccio costituisce l'alternativa dottrinaria ai sostenitori di una qualche forma di originalismo¹⁷⁰.

TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., p. 27. In senso simile, B. ACKERMAN, *We the People, 2. Transformations*, Cambridge (Mass.)-London, 1998, p. 395, che qualifica il giudice Kennedy come «*vaguely conservative*».

¹⁶⁸ Si veda S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 292. Sulle applicazioni della *substantive due process doctrine* ai diritti civili, si vedano J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 188 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 117 ss.; M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, cit., pp. 285 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 132 ss.

¹⁶⁹ 505 U.S. 833, 851. Sull'importanza di questo passaggio, si sofferma S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova 2012, p. 43.

¹⁷⁰ Sottolinea questo aspetto S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 299-300. In senso simile, si veda R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., p. 172, secondo cui l'*opinion of the Court* nel caso *Casey* ha affermato l'idea che la nozione di libertà riconosciuta dal XIV Emendamento non è relativa solo a ciò che si pensava fosse una libertà fondamentale quando entrò in vigore la clausola, ma a ciò che è in realtà fondamentale, respingendo perciò la tesi di Scalia secondo cui la clausola del *due process* non dovrebbe essere usata per dichiarare incostituzionali leggi che erano comuni e largamente approvate quando entrò in vigore il XIV Emendamento.

3. I limiti dell'originalismo come teoria ermeneutica

Per una singolare coincidenza, mentre la Corte Suprema che aveva deciso *Roe* a favore dei diritti delle donne era una Corte composta da soli uomini e con 6 giudici di nomina repubblicana, la Corte che ha deciso il caso *Dobbs*, ovvero sia contro il diritto delle donne di scegliere se portare a termine la gravidanza, è una Corte Suprema ugualmente composta da 6 giudici di nomina repubblicana, ma che però vanta il maggior numero di giudici donne mai registrato nella storia costituzionale statunitense (ben 3 su 9)¹⁷¹. La prima considerazione che verrebbe da fare è che non ci sono più i repubblicani di una volta, ma la polarizzazione sempre più accentuata dei due perni del sistema politico-costituzionale statunitense è foriera di conseguenze molto pericolose¹⁷².

L'*overruling* di *Roe* da parte di una Corte Suprema dominata da originalisti e testualisti, d'altra parte, è stata la logica conseguenza di una campagna di demonizzazione durata decenni e di reiterati tentativi di ribaltarla¹⁷³. Fin dal suo apparire, la storica decisione del 1973 è stata infatti più volte polemicamente accostata a due tra le decisioni più screditate della storia costituzionale statunitense, *Dred Scott* e *Lochner*, come espressione di una concezione attivistica della *due process clause*¹⁷⁴. Se l'*overruling* di *Roe* è apparso sempre più probabile, se non

¹⁷¹ La percentuale di donne è ora ulteriormente aumentata con la nomina del giudice Ketanji Brown Jackson al posto del giudice Breyer. Sulla nomina del giudice Jackson, si vedano G. ARAVANTINOU LEONIDI, "The Least Dangerous Branch", cit., pp. 1-2; ID., *La crisi della democrazia negli Stati Uniti e la Costituzione imperfetta*, cit., p. 10; E. GRANDE, *La prima donna nera alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Ragioni e limiti di una nomina che si fonda sul colore*, in *Questione giustizia*, 28 febbraio 2022; P. INSOLERA, G. PORTONERA, *Un nuovo giudice per la Corte Suprema USA: Ketanji Brown Jackson, professional diversity e garantismo*, in *Extrema Ratio*, 21 marzo 2022; G. ROMEO, *Are we (truly) all originalist now?*, cit., pp. 112 ss.

¹⁷² Sull'estrema polarizzazione del quadro partitico statunitense, con la conseguente scomparsa dei repubblicani progressisti e dei democratici conservatori, si soffermano N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive*, cit., pp. 321 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 154 ss.

¹⁷³ Per una ricostruzione storica di come si è passati da *Roe* a *Dobbs*, rinvio a L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 14 ss.; E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n. spec., pp. 5 ss. (che parla di un progressivo svuotamento della portata rivoluzionaria di *Roe*); E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, n. 1/2023, vol. L, pp. 3 ss.

¹⁷⁴ Tra i primi a sostenere una simile equivalenza, D.P. CURRIE, *The Constitution*

quasi ineludibile, in una Corte Suprema egemonizzata da originalisti e testualisti, questo non vuol dire affatto che *Dobbs* sia esente da critiche, anzi.

In *Dobbs* si può riscontrare infatti non solo l'ipocrisia delle concezioni formalistiche e dell'idea della neutralità dei principi¹⁷⁵, ma anche e soprattutto i limiti intrinseci dell'originalismo nelle sue molteplici varianti¹⁷⁶, e la sua discutibile pretesa di eternizzare il significato del-

in the Supreme Court: Article IV and Federal Powers, in *Duke Law Journal*, n. 4/1983, pp. 695 ss., spec. pp. 735-736; Id., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, Chicago-London, 1985, p. 271. Le tesi di Currie sono state polemicamente riprese sia da R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., p. 32, che nella *dissenting opinion* di Scalia nel caso *Casey* (508 U.S. 833, 998).

¹⁷⁵ Scettico sulla neutralità dei principi è O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in AA.VV., *Originalismo e costituzione*, cit., secondo cui è dubbio che la teoria della neutralità costituzionale si possa applicare alla nostra Costituzione ed anche alla stessa Costituzione statunitense, A suo avviso, se non si può escludere che, nel contesto di una costituzione che contiene disposizioni sui diritti fondamentali e altri principi di giustizia, possano esistere ambiti costituzionalmente neutrali, rimessi alla discrezionalità politica del legislatore, la loro individuazione è comunque difficile, e richiede complesse operazioni ermeneutiche. Polemico sul legame tra formalismo e neutralità dei principi è anche A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 27, che soggiunge (ivi, pp. 27-28) come il nocciolo dell'armamentario concettuale delle Corti post-Warren sia caratterizzato dalla venerazione mistica per l'intenzione originaria dei costituenti, dal testualismo, dalla ipostatizzazione della neutralità assiologica, da una concezione assoluta dei diritti fondamentali e dal rifiuto del bilanciamento.

¹⁷⁶ Sulla distinzione tra vecchio originalismo (basato sull'*original intent*) e nuovo originalismo (basato sull'*original meaning*), si veda O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., pp. 147 ss., che annovera nel primo Raoul Berger il Rehnquist di *The Living Constitution*, ed il primo Bork, mentre nel secondo vi rientrerebbero il Bork di *The Tempting of America* e lo Scalia di *A Matter of Interpretation*. Sulla contrapposizione tra l'originalismo di Scalia e quello di Bork insiste G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2016, pp. 1191 ss., secondo il quale (ivi, p. 1196) quello di Scalia sarebbe un testualismo integrato da una sorta di *public meaning* del dato normativo, ritenuto più obiettivo delle intenzioni soggettive degli autori di un testo normativo. Su Scalia, si veda anche C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 206 ss., ove rileva, pp. 211 ss., come la filosofia interpretativa di Scalia sia, alla fine, ambigua e non consenta di inquadrarlo appieno nell'originalismo di nuova generazione. Sulla distinzione tra *original intent* e *original meaning*, si veda anche ID., *Democrazia, repubblicanesimo e razionalità deliberativa*, cit., p. 146. Di originalismo 2.0 a proposito dell'*original meaning* parla W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., pp. 42-43, che, tuttavia, sottolinea come, alla fine, il cambiamento sia meramente nominalistico, e non di sostanza, rispetto all'*original intent*. Sulle diverse varianti della dottrina

le parole di una disposizione costituzionale¹⁷⁷, riducendo quindi l'interpretazione costituzionale all'interpretazione di una legge¹⁷⁸. Agli approcci originalisti e alla loro pretesa di fermare il tempo, rendendo statico e immutabile ciò che, per sua natura, è invece intrinsecamente dinamico, si potrebbe replicare con l'efficace metafora contenuta nell'*opinion of the Court* redatta da Oliver Wendell Holmes nel caso

originalista, si vedano anche P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., pp. 292 ss.; D. CAMONI, *Can a word change the world*, cit., pp. 4530 ss. (che inserisce anche il *textualism* assieme all'*original intent* e all'*original meaning*). Sul passaggio dall'*original intent* all'*original understanding*, infine, si veda A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity*, cit., pp. 155 ss.

¹⁷⁷ Sui limiti delle dottrine originaliste, si veda G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 133-134, che sottolinea come esse siano soggette ad una duplice difficoltà: una di ordine metodologico, ed un'altra legata alla ragionevolezza di tale scelta interpretativa. Per quanto riguarda le difficoltà di ordine metodologico, Pino rileva che la plausibilità di questo approccio è condizionata dalla vicinanza cronologica con la promulgazione del testo e con la possibilità di ricostruire in maniera sufficientemente attendibile la volontà rilevante. In quest'ottica, l'originalismo finisce per innescare una sorta di cortocircuito, perché cerca di stabilizzare, ancorandolo all'uso vigente decenni prima (o, addirittura, secoli prima), il significato di disposizioni deliberatamente formulate in maniera elastica, e aperte al mutamento delle circostanze sociali e di fatto in cui possono trovare applicazione. Inoltre, può essere molto difficile accertare in maniera sufficientemente precisa un'unica volontà in un organo complesso quale può essere una assemblea costituente, e lo stesso può dirsi per quella variante dell'originalismo basata sull'*original meaning*, in quanto è problematico affermare di avere individuato il significato univocamente utilizzato al tempo della redazione della costituzione. Quanto alla difficoltà legata alla ragionevolezza di tale scelta, *ivi* pp. 134-135. Pino rileva che le dottrine originaliste presuppongono una concezione della costituzione come oggetto statico, la cui identità è perfettamente fissata al momento della sua promulgazione. In quest'ottica, il ricorso alla intenzione dei costituenti è volta ad evitare che l'interpretazione costituzionale si trasformi in una surrettizia revisione costituzionale. Ma in questo modo, però, si finisce per assimilare la costituzione alla legge, e per negare il fatto che la costituzione sia stata redatta per durare a lungo, adattandosi a una realtà che evolve nel tempo. Sulle contraddizioni originaliste, si vedano anche P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., spec. pp. 295 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., pp. 335 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 90 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 182 ss.; C. VALENTINI, *Democrazia, repubblicanesimo e razionalità deliberativa*, cit., pp. 147 ss.; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs"*, cit., pp. 108 ss.

¹⁷⁸ Sulla assimilazione tra costituzione e legge sul piano delle tecniche interpretative come uno degli aspetti essenziali della filosofia giuridica di Scalia insistono S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 317; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 212 ss.

Missouri v. Holland (1920)¹⁷⁹, secondo cui la Costituzione è un organismo vivente che, ad un certo momento del proprio sviluppo, finisce con l'essere indipendente dai propri genitori (i *Framers*)¹⁸⁰.

Si può ben dire che un approccio di tipo originalista finisca col negare la peculiare funzione dei giudici nell'ambito della esperienza statunitense. Come è stato giustamente evidenziato da Guido Calabresi, il diritto americano ha tradizionalmente potuto contare sull'operato delle Corti ai fini della sua modernizzazione¹⁸¹, in quanto, trattandosi di un'opera incessante di rimodellamento del diritto, il giudice è messo nelle condizioni di poter esercitare un certo potere creativo¹⁸². Ma l'opera di modernizzazione e di adeguamento è impossibile se il significato di una clausola non può che essere quello dell'epoca in cui è stata adottata¹⁸³.

Un altro limite dell'originalismo è il suo discutibile rapporto con la storia. Se è vero che la storia viene spesso utilizzata dalla Corte Suprema per imporre una interpretazione in luogo di un'altra¹⁸⁴, il problema tende ad aggravarsi proprio con l'originalismo¹⁸⁵. Al pari di Savigny

¹⁷⁹ 252 U.S. 416 (1920). La traduzione italiana parziale è in O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, tr. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1975, pp. 204 ss.

¹⁸⁰ 252 U.S. 416, 433.

¹⁸¹ Si veda G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 41.

¹⁸² Ivi, p. 51.

¹⁸³ Cfr., in proposito, P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 295, ove rileva che se l'unica interpretazione legittima è quella conforme all'intento originario dei costituenti o al significato comunemente accolto alla loro epoca, deriva come corollario l'impossibilità di espandere il significato del precetto per adeguarlo al mutare dei tempi. Sul rischio di porre la Costituzione fuori dalla storia si sofferma anche G. AZZARITI, *La Costituzione fuori dalla storia*, cit., che mette in guardia dal pericolo di riportare indietro di cinquanta anni, rimettendo in discussione duecento anni di costituzionalismo moderno. In senso simile, si veda anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 95 ss., che sottolinea come l'originalismo impedisca l'adattabilità della costituzione ai nuovi contesti politici e ne precluda la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale. Sulle conseguenze irragionevoli dell'applicazione delle dottrine originaliste al campo del diritto penale, si sofferma P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 136 ss.

¹⁸⁴ Si veda S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 284 ss., che, rifacendosi alle critiche di Alfred Kelly, sottolinea (ivi, pp. 285-286) come quella che viene chiamata "la storia da ufficio legale" non sia altro che una storia di parte nella quale la Corte seleziona i fatti storici allo scopo di dimostrare che solo una possibile posizione è corretta.

¹⁸⁵ Non è un caso che l'uso della storia nelle ricostruzioni originaliste sia molto spesso ad *usum delphini*. Si veda, in proposito, P. BIANCHI, *Le trappole dell'ori-*

e della Scuola Storica, l'originalismo è espressione di una concezione della storia intrinsecamente antistorica¹⁸⁶. Come ha osservato Stephen Griffin, chiedersi come si possa giustificare *Roe se Lochner* non era giustificabile, significa presupporre in modo anacronistico che i criteri normativi e il contesto di riferimento non abbiano subito mutamenti tra il 1905 e il 1973¹⁸⁷.

Per rendersi conto della importanza del cambiamento del contesto, si possono citare i profondi cambiamenti in materia di *freedom of speech* intervenuti tra gli anni '50 e gli anni '90 del secolo scorso, senza che vi siano stati significativi cambiamenti del quadro legislativo, o, tanto meno, costituzionale. È bene ricordare infatti che nel giro di qualche decennio, si è infatti passati dalla più feroce repressione del dissenso politico durante il maccartismo¹⁸⁸, alla depenalizzazione dei reati di incitazione in *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹⁸⁹, e addirittura alla riconduzione del rogo di una bandiera alla libertà di parola tutelata dal I Emendamento, nel caso *Texas v. Johnson* (1989)¹⁹⁰. Un ruolo fonda-

ginalismo, cit., pp. 296-297, ove rileva che il rischio delle dottrine originaliste è che l'interprete, anziché raggiungere la verità storica, riscriva la storia, semplificandola o stravolgendola, al fine di ottenere ciò che vuole. Sui limiti dell'uso della storia da parte da parte dell'originalismo, si veda anche S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 290 ss.

¹⁸⁶ Sull'antistoricità della Scuola Storica insiste E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts* [1964], in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 9 ss., tr. it, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007, pp. 3 ss., secondo cui il tanto decantato pensiero storico della Scuola Storica non è altro che un pensiero antistorico (p. 17 ed. ted.; p. 10 trad. it.). Critico sulla Scuola Storica è anche W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, tr. it. a cura di P.L. Lucchini, Milano, 1974, pp. 17 ss., secondo il quale a p. 38, se si confrontano teoria e prassi, la Scuola Storica era non storica, proprio nel senso in cui essa voleva fosse concepito il processo storico stesso. A suo dire, la Scuola Storica, che così vivacemente negava la possibilità di un distacco dal passato, si adattava assai bene ad un distacco dal presente.

¹⁸⁷ Così S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 292.

¹⁸⁸ Cfr., in proposito, G.R. STONE, *Free Speech in the Age of McCarthy: A Cautionary Tale*, in *California Law Review*, n. 5/2005, vol. XCIII, pp. 1387 ss.

¹⁸⁹ 395 U.S. 444 (1969). Sull'importanza di questa decisione, si soffermano C. BASU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 110-111.

¹⁹⁰ 491 U.S. 397 (1989). Una traduzione parziale della sentenza è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 47 ss.

mentale è stato svolto dalla Corte Warren e, in particolare, dal giudice Brennan¹⁹¹, ma non c'è dubbio che, alla luce delle dottrine originaliste, tale processo risulterebbe incomprensibile.

Ulteriore limite dell'originalismo è il ritenere che l'analisi storica sulle intenzioni dei *framers* o sul significato delle parole all'epoca in cui fu adottata una disposizione costituzionale garantisca di per sé l'intrinseca correttezza della decisione, contro il soggettivismo ermeneutico delle altre teorie¹⁹². È appena il caso di ricordare che una delle decisioni più screditate della storia costituzionale statunitense, la già citata *Dred Scott*, costituisce anche la prima decisione in cui viene utilizzata l'analisi storica per risalire alla intenzione dei costituenti ed al significato originario delle parole¹⁹³. Per sostenere la tesi che gli afroamericani, quand'anche affrancati dalla schiavitù, non fossero da ritenere cittadini, il *Chief Justice* Taney, redattore dell'*opinion of the Court*, richiamava infatti l'analisi storica per ricostruire il significato origina-

¹⁹¹ Si vedano, a questo proposito, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., spec. pp. 227 ss. e pp. 248 ss.; J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 355-356 e pp. 361 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., pp. 86 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 114 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 65 ss.; F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., pp. 146 ss.; G.R. STONE, *Justice Brennan and the Freedom of Speech: A First Amendment Odyssey*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 5/1991, vol. CXXXIX, pp. 1333 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., p. 85; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., p. 19 ss.

¹⁹² Per una critica di queste tesi, si veda A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity*, cit., pp. 151 ss., che, richiamando le critiche di H.J. Powell, sottolinea che la storia produce interpretazioni, e non fatti neutrali. Ugualmente critico è A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 37, che, richiamando la *dissenting opinion* del giudice Stevens nel caso *McDonald* sottolinea come la presunta neutralità assiologica del metodo storico non abbia altra funzione che la preservazione di valori conservatori dietro la maschera di una oggettività analitica. Sui limiti dell'*original public meaning* si sofferma anche O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., p. 173, ove sottolinea che esso può avere qualche utilità con i termini osservativi, ma è del tutto inutile coi termini valutativi, in quanto nessuna ricerca storico-empirica può assicurare la certezza e la univocità dell'attribuzione di significato. Critico è, infine, anche P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., p. 149, ove rileva che la storia non potrà mai essere scienza oggettiva, neutrale ed avalutiva, a maggior ragione nelle mani dei giuristi.

¹⁹³ Sottolineano questo aspetto C.R. SUNSTEIN, *Dred Scott v. Sanford and Its Legacy*, cit., p. 65 e p. 71; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, II ed., Paris, 1999, pp. 128-129; ID., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 449.

rio delle disposizioni costituzionali¹⁹⁴. Non è un caso, quindi, che i sostenitori delle dottrine originaliste (Bork e lo stesso Scalia) tendano a omettere questo imbarazzante particolare, preferendo invece mettere l'accento sulla circostanza che la *substantive due process doctrine* trovi applicazione per la prima volta in questa decisione¹⁹⁵.

Il rimosso sulla sentenza *Dred Scott* fa emergere chiaramente anche un ulteriore limite delle dottrine originaliste, ovvero sia il loro rapporto problematico con la giurisprudenza della Corte Warren sulla desegregazione. Per quanto riguarda *Brown*, non è un caso che sia Bork che Scalia forzino le loro teorie per poterla in qualche modo salvare¹⁹⁶. Né, tanto meno, è un caso che l'allora assistente del giudice Jackson, William Rehnquist, avesse scritto un *memorandum* in cui difendeva la scelta di confermare la dottrina del *separate but equal*, arrivando addirittura a evocare il caso *Lochner* in caso di *overruling*, scelta di cui fu poi chiamato a rispondere durante le udienze al Senato per la conferma come *Chief Justice* della Corte Suprema una trentina di anni dopo¹⁹⁷.

In dottrina si discute se effettivamente possa esistere un origina-

¹⁹⁴ 60 U.S. 393, 407. Si veda anche D.E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case*, cit., pp. 340 ss.

¹⁹⁵ Sulla sentenza *Dred Scott* come decisione in cui trova ingresso per la prima volta la *substantive due process doctrine*, oltre alla bibliografia già citata, si vedano J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., p. 80; C.R. SUNSTEIN, *Dred Scott v. Sanford and Its Legacy*, cit., pp. 65 e 72-73. Critico sulla ricostruzione di Bork è P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., p. 298, che sottolinea come proprio in *Dred Scott* venga rivendicato con dovizia di argomentazioni la fedeltà all'intento dei Framers di difendere la schiavitù da possibili interventi da parte del Congresso. Critico sul tentativo degli originalisti di celare in qualche modo l'uso di tecniche interpretative originaliste da parte del *Chief Justice* Taney è anche C.L. EISGRUBER, *Dred Again: Originalism's Forgotten Past*, in *Constitutional Commentary*, n. 1/1993, vol. X, pp. 37 ss.

¹⁹⁶ Si veda R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 74 ss., il quale ritiene, a p. 75, la sentenza *Brown* corretta sul piano del merito, ma sorretta da un'argomentazione debole, e propone, pp. 81-82, una diversa giustificazione della decisione di merito. Sulle difficoltà, da parte delle dottrine originaliste, di giustificare *Brown*, si vedano anche R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., pp. 193 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 321 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 108.

¹⁹⁷ Rehnquist si difese sostenendo che quel *memorandum* era stato preparato da lui, ma su precisa richiesta del giudice Jackson, ed era perciò da intendere come rappresentativo della posizione del giudice, non del giovane *law clerk*. Sul *memorandum* di Rehnquist e sulla posizione del giudice Jackson sul caso *Brown*, si veda B. SCHWARTZ, *Chief Justice Rehnquist, Justice Jackson and the Brown Case*, in *The Supreme Court Review*, 1988, pp. 245 ss.

lismo *liberal* e progressista¹⁹⁸, ma, se si analizza la giurisprudenza, mi sembra emerga chiaramente la natura politica reazionaria di esso¹⁹⁹: è un dato di fatto ineludibile che non si era mai vista una Corte Suprema così dominata da originalisti e testualisti, e, nello stesso tempo, non si è mai assistito ad un uso politico così smaccato della costituzione per rinnegare le conquiste in materia di diritti civili, e per promuovere un ben preciso modello di società. Né, tanto meno, può essere negato il fatto che l'originalismo nasca in reazione alla giurisprudenza della Corte Warren e della prima Corte Burger²⁰⁰.

¹⁹⁸ In questo senso, A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., pp. 418-419, secondo cui l'interpretazione originalista non è né conservatrice, né progressista. Ritene che esitano varie forme di originalismo anche L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale*, cit., p. 501; Id., *Originalismo e costituzione: una risposta*, in AA.VV., *Originalismo e Costituzione*, cit., che, sulla scia di Amar e Solum, nega l'identificazione tra originalismo e conservatorismo politico, citando come esempio di originalista *liberal* il giudice Hugo Black (sull'esistenza di un originalismo di stampo *liberal* si sofferma anche O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., p. 164). Tuttavia, più che come originalista, il giudice Black andrebbe qualificato come testualista. A questo proposito, sia consentito il rinvio a S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 259; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 8-9; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., p. 187. Si veda anche A. BICKEL, *The Laest Dangerous Branch*, cit., pp. 98 ss.

¹⁹⁹ Sulla valenza reazionaria e antipluralistica dell'originalismo, si veda S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 273-274, che rileva come esso rappresenti un buon esempio di proposta di cambiamento radicale mascherata sotto le vesti dello *status quo*. In questo contesto, ogni deviazione dalla ortodossia originalista viene concepita come motivo di critica e non come la prova del ricorso ad altri metodi interpretativi da parte della Corte Suprema. Sull'anti-evoluzionismo costituzionale come caratteristica dell'originalismo insiste C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 214 ss., secondo cui ciò giustifica che abbiano fatto riferimento a questo metodo interpretativo costituzionalisti conservatori come Bork e Berger, e giudici (ugualmente conservatori) come Scalia e Thomas. Sul carattere ideologico dell'originalismo, si veda anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 93 ss.; Id., *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in AA.VV., *Originalismo e costituzione*, cit., secondo il quale si ha l'impressione che l'argomento originalista non sia altro che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un programma politico conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in materia di diritti civili. Sul legame tra originalismo e conservatorismo politico insistono anche W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., spec. pp. 40-41 e p. 49; R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, n. 2/2006, vol. LXXV, pp. 545 ss.

²⁰⁰ Così W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., p. 49. Sugli attacchi ori-

Certamente, con questo non si vuole negare che esistano anche giuristi *liberal* che facciano proprio il metodo originalista, e che, sganciandolo dai suoi presupposti politici conservatori, cerchino di conciliarlo con visioni politiche di tipo progressista, ma solo che questi giuristi, essendo per lo più accademici, sono rappresentativi di un mero *law in books*, anziché del *law in action*, parafrasando la celebre espressione di Roscoe Pound. Né mi pare decisivo il fatto che il neonominato giudice Jackson abbia manifestato, nelle udienze di convalida al Senato, l'adesione ad un originalismo di matrice *liberal*, dal momento che le risposte dei candidati giudici alle udienze senatoriali tendono ad essere vaghe e finanche un po' ipocrite per non dare adito ad una bocciatura²⁰¹.

Lo scopo politico dell'originalismo emerge ancor più chiaramente analizzando le recenti decisioni in cui la maggioranza della Corte Roberts ha creato diritti fondamentali non previsti dal testo costituzionale, ma funzionali alla sua ideologia politica, ovverosia le già citate *N.Y.S.R.P.A. v. Bruen* e *West Virginia v. E.P.A.* Nella prima sentenza, infatti, nel dichiarare l'incostituzionalità del *Sullivan Act* del 1911 dello Stato di New York, è arrivata a sostenere, sulla base di una visione assolutistica e dogmatica del II Emendamento e di quanto già affermato nelle precedenti decisioni *District of Columbia v. Heller* (2008)²⁰² e *McDonald v. Chicago* (2010)²⁰³, che la legislazione statale non possa subordinare il rilascio del porto d'armi ad una giusta causa. D'altra parte, già nelle due decisioni del 2008-2010²⁰⁴, attraverso una discus-

ginalisti alla giurisprudenza della Corte Warren insistono anche R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice*, cit., pp. 545 ss., che sottolineano come tali decisioni vengano accusate di essere usurpazioni giudiziali. Paradigmatico di questa vera e propria ossessione è l'atteggiamento di Robert Bork che non ha esitato a qualificare la Corte Warren come la Corte più politicizzata ed imperialista (cfr. R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, cit., p. 68; ID., *The Tempting of America*, cit., pp. 69 ss.).

²⁰¹ È appena il caso di ricordare che il giudice Barrett, incalzata da alcune domande sulla sua posizione sull'aborto da parte della senatrice Feinstein, è rimasta volutamente ambigua. Sulle posizioni del giudice Barrett in materia di aborto, si veda B. ANDREWS, *No Choice*, cit., pp. 207-208.

²⁰² 554 U.S. 570 (2008).

²⁰³ 561 U.S. 242 (2010).

²⁰⁴ Per un commento critico, si vedano A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 37; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 17 ss.; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., pp. 264 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 154 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 262 ss.

tibile interpretazione del II Emendamento²⁰⁵, la maggioranza conservatrice si era letteralmente inventata un diritto individuale (il diritto a portare armi) da quello che era un diritto collettivo (il diritto di formare la milizia), con una opera di mistificazione storica che sembra quasi anticipare *Dobbs*, per di più ribaltando una giurisprudenza risalente tra la fine del XIX secolo e la prima metà del XX secolo²⁰⁶.

Nella seconda decisione, la maggioranza conservatrice della Corte Suprema ha ritenuto che il tetto alle emissioni inquinanti stabilito dall'E.P.A. ecceda l'autorizzazione legislativa da parte del Congresso²⁰⁷. La decisione, che manifesta scarsa simpatia per le tematiche ambientali e un'evidente simpatia per le ragioni delle industrie, è stata duramente contestata dal giudice Kagan, secondo cui in questo modo la Corte Suprema finisce per stravolgere l'interpretazione del testo legislativo, autonominandosi decisore ultimo della politica climatica²⁰⁸. In particolare, il giudice dissenziente sottolinea come l'attuale maggioranza della Corte sia testualista solo quando le faccia comodo²⁰⁹.

In virtù di ciò, si può ben dire che l'affermazione, secondo cui l'originalismo sarebbe una dottrina rispettosa della sovranità popolare rispetto all'attivismo delle Corti²¹⁰, finisce per essere smentita in modo plateale²¹¹. Come ha giustamente rilevato Michael Klarman, i giudici

²⁰⁵ Sul II Emendamento, si vedano A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., spec. pp. 46 ss., 257 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 250 ss.

²⁰⁶ Cfr., in proposito, W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., pp. 43-44, ove sottolinea come proprio *District of Columbia v. Heller* sia la migliore dimostrazione del fatto che l'originalismo non comporti alcun vincolo maggiore alla discrezionalità giudiziaria rispetto alle altre teorie. Si veda anche C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., p. 219, che rileva il poco spazio nel caso *Heller* accordato alla ricostruzione storica, che pure dovrebbe essere centrale nelle ricostruzioni originaliste, rispetto alle considerazioni di tipo politico-costituzionale.

²⁰⁷ Sulla *opinion of the Court* del Chief Justice Roberts e la *concurring opinion* del giudice Gorsuch, si veda G. GRASSO, *Respectfully, I dissent*, cit., pp. 449 ss.; L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan*, cit., pp. 1600 ss.

²⁰⁸ Sulla *dissenting opinion* del giudice Kagan, si veda G. GRASSO, *Respectfully, I dissent*, cit., pp. 453 ss.

²⁰⁹ Docket n. 20-1530, Kagan J., dissenting, p. 28.

²¹⁰ Cfr., in proposito, G. CAPORALI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 51, secondo cui il grande merito della teoria originalista sta proprio nella difesa della sovranità popolare e del processo democratico in cui questa si inverte.

²¹¹ Molto critico nei riguardi di *Dobbs* e *Bruen*, qualificate come decisioni schiettamente attivistiche, è C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 92-93.

conservatori accusano i giudici *liberal* di essere una minaccia per la democrazia americana quando questi ultimi sostengono che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto costituzionale, ma poi non esitano loro stessi a invalidare gli sforzi dei consigli scolastici di integrare le loro scuole o le misure di controllo delle armi²¹². Alla fine, quello propugnato dagli originalisti è sempre attivismo giudiziale, ma in senso regressivo, come quello della tanto deprecata *Lochner Era*.

In uno dei primi commenti alla sentenza *Dobbs* l'originalismo è stato in qualche modo equiparato alle teorie ermeneutiche di Emilio Betti²¹³. Su questo punto, mi permetto di dissentire nettamente: se esiste qualcosa di più lontano dall'originalismo, è proprio l'ermeneutica bettiana²¹⁴. In primo luogo, Betti è un feroce avversario della idea stessa della volontà del legislatore, che bolla come dogma volontaristico e psicologistico²¹⁵. Inoltre, per Betti, il ricorso ai lavori preparatori della legge non aveva nessun valore, se non quello meramente euristico²¹⁶. A suo avviso, nella interpretazione della legge non era ammissibile un ricorso a mezzi extratestuali desumibili dal modo della sua formazione, se non come a un qualsiasi altro precedente storico (tali erano i lavori preparatori)²¹⁷.

D'altra parte, per Betti, la ricostruzione storica, seppur fonamen-

²¹² Cfr., in proposito, M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., p. 226, che ritiene emblematici i già citati casi *Parents Involved* ed *Heller*.

²¹³ Cfr., in proposito, G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 24 giugno 2022.

²¹⁴ Critico nei riguardi di questa equiparazione è anche A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., p. 426. Sull'ermeneutica bettiana, si vedano A.A. CERVATI, *Emilio Betti, res publica, interpretazione e ruolo sociale del giurista*, in E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, a cura di V. Busacchi, Roma, 2022, pp. 333 ss.; ID., *Emilio Betti, interpretazione del diritto e impegno del giurista contemporaneo*, in *Critical Hermeneutics*, n. 1/2021, vol. V, 21 ottobre 2021; ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, spec. pp. 75 ss.

²¹⁵ Si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, II ed., a cura di G. Crifò, Milano 1971, pp. 261 ss.

²¹⁶ *Ivi*, p. 262. Sull'uso dei lavori preparatori, si veda anche F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 211 ss.

²¹⁷ Si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 266. Sulla sostanziale inutilità del ricorso ai lavori preparatori nella teoria ermeneutica bettiana, si veda anche A.A. CERVATI, *Emilio Betti, interpretazione del diritto e impegno del giurista contemporaneo*, cit., p. 5.

tale nell'attività di interpretazione della legge²¹⁸, tanto da fargli respingere ogni forma di testualismo astorico²¹⁹, non aveva come scopo quello di rinvenire l'unico significato ammissibile di una parola o di un concetto, ma, anzi, quello opposto di cogliere i continui mutamenti del significato delle espressioni, in una prospettiva dinamica²²⁰. Nel trattare del nesso tra ricognizione storica e sviluppo integrativo della norma, Betti sottolineava come il giurista non si potesse arrestare a rievocare il senso originario della norma, come se si trattasse di una entità storica, di un fatto del passato, avente un senso in sé concluso, ma dovesse fare un passo avanti, in quanto la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua

²¹⁸ Sulla inseparabilità dell'elemento storico rispetto alla attività interpretativa, si veda E. BETTI, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica* [1952], in ID., *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, pp. 393 ss., spec. p. 395, ove rileva che l'esegesi di ogni formola legislativa non può mai prescindere dall'elemento storico, in quanto l'incontro dell'interprete con il testo della legge non è mai un incontro diretto che prescinde dalla mediazione di anelli intermedi: quanto più gli istituti e la lingua del diritto hanno lo stile di un linguaggio tecnico, tanto più intenso è l'appello e il messaggio che essi inviano alla esperienza e preparazione storica dei giuristi chiamati ad interpretarli.

²¹⁹ *Ibidem*, ove rileva che è proprio vivendo nella tradizione del pensiero giuridico che i giuristi possono realizzare in sé la continuità della vita del diritto, e fondere in armonica coerenza i dati della tradizione con le nuove acquisizioni, ed avvertire i nessi che legano la lettera della legge al pensiero tramandato, con la conseguenza che il linguaggio di una legge in vigore non può essere rettamente inteso, quando lo si sciolga dai precedenti storici, per considerarlo come qualcosa di assoluto e autosufficiente, puramente in funzione della materia disciplinata. Sulla questione dei mutamenti del linguaggio e della dimensione storica della dogmatica giuridica, si veda anche A.A. CERVATI, *Emilio Betti, res publica, interpretazione e ruolo sociale del giurista*, cit., pp. 349 ss.

²²⁰ Cfr., in proposito, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 113, secondo cui la ricognizione della valutazione originaria, immanente e latente nella lettera della legge e costituente la *ratio iuris* della norma, è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale e di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico, giacché solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, e bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza, con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale, con la conseguenza che, benché non abrogato da una nuova legge o da una consuetudine abrogatrice, il precetto testuale della legge, rimasto esteriormente intatto, poteva trovarsi interiormente scalzato per il fatto che la valutazione originaria determinante la norma era stata ricacciata indietro da una nuova valutazione degli interessi in conflitto affermatasi in altre norme sopravvenute. Si veda anche ID., *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* [1959], in ID., *Diritto, metodo, ermeneutica*, cit., p. 523 ss.

formulazione primitiva, aveva vigore attuale con l'ordinamento di cui faceva parte integrante, ed era destinata a passare e trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina doveva servire: pertanto, l'interprete non esauriva affatto il suo compito nel ricostruire l'idea originaria della formola legislativa, ma doveva anche mettere d'accordo quell'idea con l'attualità presente²²¹.

È stato giustamente osservato che Betti, pur ammettendo la necessità di una pre-interpretazione originalista, volta a ricostruire le intenzioni del legislatore, contesta l'idea che l'attività ermeneutica si risolva integralmente in questo tipo di rappresentazione²²², poiché, a suo dire, tanto più il precetto è formulato in termini generali e astratti, tanto più esso si presenta remoto rispetto alla situazione di fatto in cui deve valere, e, di conseguenza, tanto più si avverte l'esigenza che venga rielaborato e rinnovato²²³. Mi sembra evidente perciò che, al di là delle profonde differenze storiche e culturali, se proprio si voglia fare una comparazione tra ermeneutica bettiana e teorie statunitensi, il paragone vada fatto non con l'originalismo, ma, casomai, con le dottrine della *living constitution*, in quanto espressione di una concezione dinamica, e non statica, del diritto.

In conclusione, si può dire che l'originalismo e il testualismo non sono affatto delle garanzie contro l'arbitrio giudiziale, ma, anzi, non sono nient'altro che strumenti attraverso cui celare l'ipocrisia e l'arbitrio di giudici che pretendono di imporre le loro convinzioni politiche personali ammantandole con il crisma di una oggettività insussistente e con l'autorità di una sorta di *ipse dixit* postmoderno rappresentato dalla volontà dei *framers* o dal significato originale delle parole²²⁴. Ma tutto ciò non deve stupire, in quanto la sostanza vera dell'originalismo è stata sempre una certa ipocrisia²²⁵. Non ha quindi tutti i torti chi ritiene

²²¹ ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 107-108.

²²² Si veda A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, cit., p. 128.

²²³ *Ivi*, p. 129.

²²⁴ Sul fatto che l'originalismo incoraggi solo l'ipocrisia dei giudici insiste W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., p. 45. Si vedano anche L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 47, i quali sottolineano il fatto che non esistano formule tali da eliminare del tutto la necessità della scelta giudiziale, sebbene esistano formule che tentano di nascondere questa necessità dietro proclamazioni di "intenzioni originarie" oppure di "significati chiari" del testo.

²²⁵ Cfr. W. BRENNAN, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *South Texas Law Review*, 3/1986, vol. XXVII, pp. 433 ss., secondo cui, p. 435, l'originalismo non è altro che arroganza travestita da umiltà.

l'originalismo una sorta di anti-teoria che finisce per rassomigliare più ad una dottrina religiosa fondamentalista che non ad una vera e propria teoria giuridica, con la enfattizzazione della fedeltà al testo e finanche l'accusa di vera e propria eresia nei confronti di chi (i non-originalisti) si osi allontanare dalle Sacre Scritture²²⁶.

4. La Corte Roberts come nuova Corte Hughes?

La sentenza *Dobbs* è la logica conseguenza di una Corte Suprema schiacciata sull'estremismo, in virtù della deliberata scelta di nominare giudici ideologicamente estremisti²²⁷. Una decina di anni fa, Guido Calabresi aveva rilevato che uno dei problemi che affliggeva la Corte Suprema federale era quello di avere nove giudici troppo simili tra loro: a suo avviso, se si perdeva il pluralismo, si rischiava di perdere molto, se non addirittura tutto, del sistema giudiziario statunitense²²⁸. In un simile contesto, le tre nomine operate da Donald Trump non hanno modificato il quadro, ma, anzi, l'hanno ulteriormente confermato ed anche aggravato²²⁹.

Richiamando la distinzione operata da Burt tra i due modelli della gerarchia e della interdipendenza, si può dire che la sentenza *Dobbs* si muova nell'ambito di una concezione gerarchica del potere giuridico e delle relazioni sociali, sulla falsariga di *Bowers v. Hardwick* (1986)²³⁰, con la differenza che, in questo caso, non sono in questione i diritti degli omosessuali, ma l'autodeterminazione delle donne²³¹. Identica in

²²⁶ Si veda nuovamente W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., pp. 49-50.

²²⁷ Sui legami evidenti con gruppi e movimenti ultraconservatori dei giudici Alito, Thomas e Scalia, si soffermano N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive*, cit., pp. 349 ss.

²²⁸ Si veda G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 43, che sottolinea, citando il giudice Black, il grande pluralismo esistente nella Corte Warren.

²²⁹ Sulla deriva estremista da parte della attuale maggioranza di giudici della Corte Suprema, si soffermano anche E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa*, cit., pp. 12 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 132 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., pp. 212 ss.

²³⁰ 478 U.S. 186 (1986). La traduzione italiana parziale è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., p. 415 ss.

²³¹ Ritengono *Dobbs* una sentenza che pone radicalmente in discussione il ruolo della autodeterminazione e della libertà personale della gestante F. ANGELINI, *Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n.

entrambi i casi è la concezione restrittiva del XIV Emendamento: così come in *Bowers* veniva negato che il XIV Emendamento garantisse l'autonomia personale in materia di rapporti sessuali²³², così ugualmente in *Dobbs* viene negato che il XIV Emendamento garantisca l'autonomia personale in materia di interruzione di gravidanza. Non è un caso che Edwin Meese III accolse *Bowers* come successo dell'amministrazione Reagan, perché l'*opinion of the Court* del giudice White si muoveva sulla falsariga della linea dettata per l'*overruling di Roe*, ovvero sia che i diritti non previsti espressamente nel *Bill of Rights* come la *privacy* non meritassero alcun tipo di protezione di rango costituzionale²³³.

Il timore è che, analogamente a quanto avvenuto negli anni '70 con *Roe* e poi negli anni '90 con *Casey*, *Dobbs* possa avere ripercussioni sul diritto all'interruzione di gravidanza in Europa²³⁴. In effetti, la strumentalità e l'artificialità degli argomenti adottati dalla maggioranza in *Dobbs* sembra simile a quelli portati avanti dalla decisione del Tribuna-

spec., pp. 207 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., p. 182; S. PENASA, *People have the power!*, cit., pp. 1613-1614. Si veda anche L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 668 ss., che, nel parlare di una decisione che resetta cinquanta anni di tutela dei diritti riproduttivi, giunge addirittura ad ipotizzare una responsabilità internazionale degli Stati Uniti per violazione dei diritti umani.

²³² Sulla sentenza *Bowers*, si vedano J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 211 ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., pp. 103 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 161 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 316 ss.; J.J. KNICELY, *The Thornburgh and Bowers Cases*, cit., pp. 317 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 50 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., pp. 100 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 134-135. Sulla sentenza *Bowers* come espressione di una concezione gerarchica, insiste R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 103 ss.

²³³ Sottolineano questo aspetto L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., p. 77. Sul fatto che l'*opinion* del giudice White in *Bowers* sia espressione di una concezione restrittiva della *due process clause*, insiste J.J. KNICELY, *The Thornburgh and Bowers Cases*, cit., p. 319.

²³⁴ Sui possibili effetti negativi di *Dobbs*, si interrogano C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione*, cit., pp. 100 ss.; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 672-673; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, cit., p. 45. Sui possibili contraccolpi in Italia, si veda AA.VV., *Il Forum-La legge 194 non si tocca?*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, pp. 157 ss. (interventi di F. Angelini, B. Liberali, A. Lorenzetti, E. Olivito, B. Pezzini, L. Ronchetti, A. Schillaci, P. Veronesi). Di una regressione transnazionale nella tutela dei diritti di genere parla, infine, E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., pp. 221 ss.

le Costituzionale polacco, anche se bisogna dire che la decisione polacca ha preceduto quella statunitense di qualche mese²³⁵. Identiche però sono state anche le reazioni critiche da parte della pubblica opinione, a testimonianza (forse) di una irreversibilità sul piano globale delle conquiste femminili in materia di autodeterminazione.

Certo, fa una certa impressione vedere la Corte Suprema degli Stati Uniti, che è stata storicamente il guardiano delle libertà individuali, ritrovarsi in compagnia di una istituzione screditata e di cui si dubita la sua qualificazione come organo giurisdizionale, quale è oggi il Tribunale Costituzionale polacco²³⁶, ma bisogna ammettere che in entrambe i casi vi è stato uno stravolgimento dei precedenti al solo fine di giustificare una decisione schiettamente reazionaria²³⁷. Altra questione è se il *judicial activism* in senso regressivo abbia o meno dei riferimenti nell'ambito della storia costituzionale statunitense.

In effetti, la situazione di una Corte Suprema così screditata per la sua faziosità politica ed il suo attivismo giudiziale si è verificata solo in due diversi periodi: dopo la già citata decisione *Dred Scott*²³⁸, e nella parte finale della *Lochner Era*, quando ormai la crisi del 1929 si era incaricata di smentire in modo plateale l'oltranzismo dogmatico sul *laissez-faire*. D'altra parte, la *Lochner Era Jurisprudence* (e, in particolare, le sentenze *In re Debs* e *Lochner*) è stata oggetto di una sorta di paragone con *Dred Scott*, come espressione di una mentalità autoritaria e repressiva nei riguardi delle minoranze, in cui la Corte Suprema si è sentita legittimata a decidere su principi su cui si era venuta a creare una tale differenza di opinioni da mettere in pericolo la pace e l'armonia del Paese²³⁹, per utilizzare le parole della *concurring opinion* del giudice Wayne²⁴⁰.

²³⁵ La sentenza K 1/2020 del Tribunale Costituzionale polacco è infatti del 22 ottobre 2020. Per una analisi, rinvio a J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, n. 2/2022.

²³⁶ *Ivi*, p. 2.

²³⁷ *Ivi*, p. 4 e 10, ove viene sottolineata la strumentalità del richiamo al precedente rappresentato dalla sentenza K 26/96 del maggio 1997. Su questa ultima sentenza, si veda S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., pp. 54 ss.

²³⁸ Sul paragone con *Dred Scott*, si soffermano anche E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa*, cit., p. 15; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., pp. 214-215.

²³⁹ Cfr., in proposito, R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., p. 49-50. Sul paragone tra *Dred Scott* e *Lochner*, si veda anche B. ACKERMAN, *We the People, 1. Foundations*, Cambridge (Mass.)-London, 1991, pp. 63 ss.

²⁴⁰ 60 U.S. 393, 454-455. Sulle *concurring opinions* e sulle *dissenting opinions* del

La principale differenza tra *Lochner* e *Dred Scott* sta nel fatto che, mentre *Dred Scott* innescò una reazione a catena, culminata con lo scoppio della guerra civile²⁴¹, la quale portò paradossalmente ad una estraniamento della Corte Suprema dalla scena politica per anni, la *LOCHNER Era* andò avanti per circa una quarantina di anni, investendo ben 4 Corti Supreme (la Corte Fuller, la Corte White, la Corte Taft e la Corte Hughes)²⁴². Non essendo probabile a breve una guerra civile per l'aborto, come è invece accaduto per la schiavitù, mi sembra più ragionevole che il paragone vada operato con la *Lochner Era Jurisprudence*, tanto più che una qualche forma di resipiscenza da parte della attuale maggioranza conservatrice non sembra all'ordine del giorno.

In un precedente lavoro sulla Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan di una decina di anni fa avevo tracciato una sorta di parallelismo tra l'attivismo giudiziale della *Lochner Era* e quello della Corte Roberts²⁴³. Certo, va tenuto presente che quello della Corte Roberts non è tanto una forma di oltranzismo a difesa dell'ortodossia del *laissez-faire*, ma piuttosto un oltranzismo a difesa degli interessi del *business* e volto, sulla falsariga della Corte Rehnquist, a demolire i pilastri del moderno Stato regolatore²⁴⁴, sulla base di discutibili suggestioni li-

caso *Dred Scott*, si veda anche D.E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case*, cit., pp. 389 ss.

²⁴¹ Sui limiti di *Dred Scott* si sofferma G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 58, secondo cui fu proprio la trasformazione del problema della schiavitù da locale a federale, in conseguenza della sentenza, a porre in essere le condizioni per lo scoppio della guerra civile. Sulle conseguenze di *Dred Scott*, si vedano, inoltre, S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 140 ss.; D.E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case*, cit., pp. 417 ss.

²⁴² Sulla *Lochner Era*, si vedano R.H. BORK, *The Tempting of America*, cit., pp. 36 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 107 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 181 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 168 ss.; M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, cit., pp. 271 ss.; A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America*, cit., pp. 125 ss.; M. SOHONI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, cit., pp. 1330 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., pp. 123 ss.

²⁴³ Sia consentito il rinvio ad A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 13 ss.

²⁴⁴ Molto critico è L. ADELMAN, *The Roberts Court's Assault on Democracy*, in *Harvard Law & Policy Review*, n. 1/2019, vol. XIV, pp. 131 ss., che imputa alla Corte Roberts un contributo sostanziale alla erosione del sistema democratico in due diverse direzioni: da un lato (pp. 140 ss.), nell'attacco al diritto di voto delle minoranze e dei poveri attraverso lo svuotamento del *Voting Rights Act* del 1965 e nella legittimazione del *gerrymandering*; dall'altro (pp. 148 ss.), nello strabismo a favore dei ceti più ab-

bertarie²⁴⁵. Tuttavia, che la giurisprudenza della Corte Roberts riprenda paradigmi della *Lochner Era* non è una affermazione campata in aria, visto che è stata avanzata anche da studiosi statunitensi²⁴⁶. Nel 2016 si è arrivati a parlare addirittura di *New Gilded Age*, evidenziando come alcuni tratti della storia politica, economica e sociale della fine del XIX secolo si ritrovino nell'oggi, come la crescita esponenziale delle disuguaglianze ed il riemergere della proposta populista e progressista²⁴⁷.

Sebbene l'attivismo della Corte Roberts a favore della *deregulation* abbia riguardato molteplici settori, emblematico mi sembra l'atteggiamento nei riguardi della normativa sul possesso e l'uso delle armi, in cui la Corte Roberts ha estremizzato le concezioni restrittive della *commerce clause* affermate dalla Corte Rehnquist²⁴⁸ in *United States v. Lopez* (1995)²⁴⁹ e *Printz v. United States* (1997)²⁵⁰. Per quanto riguarda gli altri campi, sul tema del finanziamento delle campagne elettorali, non si può non citare *Citizens United v. FEC* (2010)²⁵¹, che ha esteso

bienti e delle *corporations*, soprattutto se paragonato alle decisioni su sindacati, arbitrati ed estensione di *Medicaid*.

²⁴⁵ Di *Neo Ayn-Randians* parla M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 135 ss.

²⁴⁶ Cfr., ad esempio, A. SHANOR, *The New Lochner*, in *Wisconsin Law Review*, n. 1/2016, pp. 133 ss., ove viene tracciata una sorta di comparazione tra la *freedom of contract* lochneriana e la deregolamentazione operata dalla giurisprudenza in materia di *commercial speech*. Si veda anche M. SOHONI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, cit., pp. 1381 ss., che evidenzia anche il ruolo svolto dalle nomine trumpiane di Gorsuch e Kavanaugh nell'orientare la giurisprudenza in senso "lochneriano".

²⁴⁷ Si veda K. SABEEL RAMAN, *From Economic Inequality to Economic Freedom: Constitutional Political Economic in the New Gilded Age*, in *Yale Law & Policy Review*, n. 1/2016, vol. XXXV, pp. 321 ss.

²⁴⁸ Sul ruolo svolto dalla Corte Rehnquist nella restrizione della *commerce clause*, si vedano AA.VV., *The Roberts and the Federalism*, in *New York University Journal of Law and Liberty*, n. 2/2009, vol. IV, pp. 330 ss.; J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 78-79, 92 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., p. 221; C. BOLOGNA, *Advice and consent nell'evoluzione del federalismo americano*, cit., pp. 403 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 144-145; A. PIN, *La sovranità in America*, cit., spec. pp. 72 ss.; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, cit., pp. 382-383.

²⁴⁹ 514 U.S. 549 (1995). Il testo parzialmente tradotto in italiano della sentenza è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., pp. 492 ss.

²⁵⁰ 521 U.S. 898 (1997). Ivi, pp. 516 ss.

²⁵¹ 558 U.S. 310 (2010). Si vedano D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 271 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 200 ss.; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 14 ss.; L. TRIBE, J. MATZ,

alle *corporations* le garanzie previste dal I Emendamento. Per quanto riguarda il diritto del lavoro, la Corte Roberts ha inciso in modo significativo sulla posizione dei lavoratori con una serie di pronunce che ne hanno ridotto le garanzie²⁵², con la solitaria eccezione rappresentata dal caso *Bostock v. Clayton County* (2020)²⁵³, in materia di licenziamento discriminatorio. Più controversa è la giurisprudenza in materia di diritto ambientale, in cui si sono alternate decisioni platealmente pro-*business* e contro l'ambiente ed altre in cui invece lo strabismo pro-*business* e il furore antiregulatorio è stato assai meno evidente²⁵⁴.

Problematico è anche il cercare una qualche continuità tra la concezione del federalismo pre-*New Deal* e la concezione del federalismo accolta dalla Corte Roberts²⁵⁵. In effetti, si possono riscontrare due di-

Uncertain Justice, cit., pp. 88 ss.; G.R. STONE, *Citizens United and Conservative Judicial Activism*, in *University of Illinois Law Review*, n. 2/2012, pp. 485 ss.

²⁵² Cfr., in proposito, M.J. GLOVER, *All Balls and No Strike: The Roberts Court's Anti-Worker Activism*, in *Journal of Dispute Resolution*, n. 1/2019, pp. 129 ss., che cita a suffragio *Encino Motorcars v. Navarro* (138 S. Ct. 1134), *Epic Systems Corp. v. Lewis* (138 S. Ct. 1612) e *Janus v. A.F.S.C.M.E.* (138 S. Ct. 2448). Su *Janus* e *Epic Systems Corp.* come più importanti esempi del processo di lochnerizzazione del diritto insiste M. SOHONI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, cit., pp. 1383-1384. Si vedano anche L. ADELMAN, *The Roberts Court's Assault on Democracy*, cit., pp. 151 ss.; E. GRANDE, *Il diritto nordamericano all'epoca del populismo. Quali tutele per i lavoratori?*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 174 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 363-364; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, cit., pp. 2933 ss.

²⁵³ 140 S. Ct. 1731 (2020). Su questa decisione, si vedano D. CAMONI, *Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza Bostock v. Clayton County della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *DPCE Online*, n. 4/2020, vol. XLV, pp. 4515 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., pp. 23-24; N.C. MARCUS, *Bostock v. Clayton County and the Problem of Bisexual Erasure*, in *Northwestern University Law Review Online*, 2020, vol. CXV, pp. 223 ss.; A. RUSSELL, *Bostock v. Clayton County: The Implications of a Binary Bias*, in *Cornell Law Review*, n. 6/2021, vol. CVI, pp. 1601 ss.; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, cit., pp. 2430 ss.

²⁵⁴ Espressione di un certo strabismo pro-*business* possono essere considerate *Coeur Alaska, Inc. v. Southeast Alaska Conservation Council* (557 U.S. 261) del 2009, *American Electric Power Co. v. Connecticut* (564 U.S. 410) del 2011, e la già citata *West Virginia v. E.P.A.*, mentre una chiara prevalenza degli interessi dell'ambiente su quelli del mondo del *business* è riscontrabile in *Massachusetts v. E.P.A.* (549 U.S. 497) del 2007. Quanto a *Utility Air Regulatory Group v. E.P.A.* (573 U.S. 302) del 2014, il suo inquadramento è molto problematico, anche a causa delle profonde divisioni in seno alla Corte Suprema della quale è espressione.

²⁵⁵ Per una analisi, rinvio a I. SOMIN, *Federalism and the Roberts Court*, in *Publius*,

verse tendenze, una in contraddizione con l'altra. Se la decisione di lasciare la possibilità di abortire alla legislazione degli Stati è un evidente punto a favore del potere statale contro quello della federazione²⁵⁶, le decisioni sulle armi – in particolare, le già citate *N.Y.S.R.P.A. v. Bruen* e *McDonald v. Chicago* – sono in controtendenza in quanto volte a limitare i poteri regolativi statali in una prospettiva di federalizzazione del diritto²⁵⁷.

Una evidente continuità tra la Corte Rehnquist e la Corte Roberts per quanto riguarda le concezioni restrittive dei poteri del Congresso mi sembra emergere dalla discutibile decisione sul *Voting Rights Act* del 1965²⁵⁸, *Shelby County v. Holder* (2013)²⁵⁹, la quale si inserisce in una giurisprudenza che testimonia anche una certa idiosincrasia verso normative di favore nei confronti della minoranza afroamericana²⁶⁰. D'altra parte, la stessa *National Federation of Independent Business*

n. 3/2016, vol. XLVI, pp. 441 ss.

²⁵⁶ Per una analisi particolareggiata della posizione degli Stati sul tema dell'interruzione di gravidanza poco prima dell'annuncio della sentenza Dobbs, si veda R.L. BENTLYEWSKI, *Abortion Rights Under State Constitutions: A Fifty-State Survey*, in *Fordham Law Review Online*, n. 1/2022, vol. XC, pp. 201 ss., secondo cui erano 13 gli Stati le cui Corti Supreme avevano ritenuto che l'interruzione di gravidanza fosse protetta dalla Costituzione statale, 6 gli Stati le cui Costituzioni avevano esplicitamente negato l'esistenza di un diritto all'interruzione di gravidanza, mentre tutti gli altri erano silenti sul punto. Sulle implicazioni di *Dobbs* a livello statale, inoltre, si vedano D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, cit., pp. 8 ss.; R. JOHNSON, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, cit., pp. 617 ss.; R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, n. spec., pp. 39 ss.

²⁵⁷ Sottolineano questa peculiarità anche V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 251-252; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, cit., p. 211.

²⁵⁸ Sul *Voting Rights Act* del 1965, si vedano D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 291-292 e pp. 297 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 32 ss.

²⁵⁹ 570 U.S. 529 (2013). Su questa discutibile decisione, si vedano L. ADELMAN, *The Roberts Court's Assault on Democracy*, cit., pp. 141-142; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 305 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 179 ss.; I. SOMIN, *Federalism and the Roberts Court*, cit., pp. 445-446; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 35 ss.

²⁶⁰ Critico nei riguardi di *Shelby County* è R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 170-171, che la accomuna a *Parents Involved* come espressione dell'idea fallace che le classificazioni razziali a scopo antidiscriminatorio non abbiano più senso perché le relazioni tra razze non rappresenterebbero più un problema.

v. Sebelius (2012)²⁶¹, che pure ha salvato la riforma sanitaria di Obama dalla dichiarazione di incostituzionalità, è caratterizzata da concezioni restrittive della *commerce clause*, in continuità con la Corte Rehnquist e le visioni del federalismo anteriori al 1937²⁶². Una spiegazione di questo atteggiamento è data dal fatto che una Corte Suprema composta in grande maggioranza di originalisti e testualisti risulta, tutto sommato, più sensibile alle concezioni ottocentesche del federalismo competitivo che non una Corte composta in prevalenza da giudici che si rifanno alle teorie ermeneutiche *non-interpretivist*, e alla nozione di *living constitution*²⁶³.

Tra le diverse corti della *Lochner Era*, è nei riguardi della Corte Hughes che il paragone mi sembra essere più calzante per una serie di ragioni. La prima è che con la Corte Hughes l'oltranzismo giudiziale a difesa di *laissez-faire* e *freedom of contract* divenne oggetto di riprovazione generale da parte di una pubblica opinione che, dopo la crisi del 1929, non credeva più ai miti del XIX secolo. La stessa cosa sta accadendo con la Corte Roberts, la cui credibilità come organo giudiziario a garanzia della costituzione è, come si è avuto modo di vedere, crollata a livelli infimi. Decisioni dichiaratamente espressione di un attivismo conservatore, tra cui la stessa *Dobbs*, sono l'emblema di una Corte che rischia seriamente di perdere in modo irreversibile la propria legittimazione²⁶⁴.

²⁶¹ 567 U.S. 519 (2012). Su questa decisione, si vedano L. ADELMAN, *The Roberts Court's Assault on Democracy*, cit., pp. 153 ss.; C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013, pp. 371 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., pp. 349 ss.; J.R. MAY, *Healthcare, Environmental Law and the Supreme Court: An Analysis under the Commerce Necessary and Proper and Spending Clauses*, in *Environmental Law*, n. 2/2013, vol. XLIII, pp. 233 ss.; A. PIN, *La sovranità in America*, cit., pp. 110 ss.; I. SOMIN, *Federalism and the Roberts Court*, cit., pp. 446 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 52 ss.

²⁶² È proprio sulla concezione della *commerce clause* che si muovono sia l'opinione in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Ginsburg, a cui si associano i giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, sia la *dissenting opinion* dei giudici Scalia (a cui si associano Alito, Kennedy e Thomas) e Thomas. Si vedano C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria*, cit., pp. 391 ss.; J.R. MAY, *Healthcare, Environmental Law and the Supreme Court*, cit., pp. 239 ss.; A. PIN, *La sovranità in America*, cit., pp. 113 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 64 ss.

²⁶³ Cfr., in proposito, I. SOMIN, *Federalism and the Roberts Court*, cit., pp. 450 ss.

²⁶⁴ Critica è E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione giustizia*, 12 lu-

La seconda ragione che sembra fare propendere per un paragone della Corte Hughes è proprio il ruolo del *Chief Justice*. Così come nella Corte Hughes, analogamente nella Corte Roberts, il *Chief Justice*, che pure agli esordi votava con l'ala conservatrice, si sta spostando su posizioni più vicine alla minoranza *liberal*. La terza, infine, è che proprio la *disincorporation* della libertà di abortire nel caso *Dobbs*, e, nel contempo, l'opponibilità alla legislazione statale del II Emendamento affermata nei casi *McDonald* e *N.Y.S.R.P.A.*, ripropongono la questione già dibattuta dalla Corte Hughes nel caso *Palko v. Connecticut* (1937)²⁶⁵, se cioè tutti i diritti previsti dal *Bill of Rights* siano opponibili in tutto o solo in parte alla legislazione statale (*selective incorporation* v. *total incorporation*)²⁶⁶.

La quarta ragione è che, analogamente a quanto avvenuto con la Corte Hughes, è stato teorizzato esplicitamente il *Court-packing plan* anche nei riguardi della Corte Roberts. Nel rapporto del comitato di studiosi sui problemi della Corte Suprema consegnato al Presidente Biden, il *Court-packing* è una delle ipotesi prese in considerazione. Tuttavia, questa prospettiva sembra allontanarsi in ragione dei risultati delle elezioni parlamentari dell'autunno 2022, che hanno consegnato una risicata maggioranza alla Camera dei rappresentanti ai repubblicani, rendendolo di fatto una mera ipotesi astratta. Ma il fatto di averlo minacciato è comunque un modo per esercitare una forma di pressione nei riguardi della Corte Suprema, allo scopo di farle cambiare giurisprudenza, e, in effetti, è proprio il paragone con la Corte Hughes che sembra suggerire questa interpretazione²⁶⁷.

glio 2022, secondo la quale il rischio che la Corte Suprema non sopravviva più a sé stessa dopo simili sentenze si fa sempre più strada, poiché la possibilità che gli attori rilevanti sul piano politico di non tenere più in considerazione le decisioni della Corte Suprema non è irrilevante.

²⁶⁵ 302 U.S. 319 (1937).

²⁶⁶ Sulla *incorporation doctrine*, rinvio ad A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, cit., spec. pp. 137 ss., 215 ss.; J.A. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., pp. 169 ss.; A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., pp. 23 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 20-21, 24 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson*, cit., pp. 183 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 91 ss.; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., pp. 18-19; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., pp. 166 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 98 ss.

²⁶⁷ In tal senso, si veda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 11-12.

Stabilita quindi una sorta di corrispondenza tra la giurisprudenza “lochneriana” della Corte Roberts e quella della Corte Hughes ante 1937, è necessario interrogarsi su eventuali possibili “svolte” da parte della prima. Come è noto, l’abbandono della *Lochner Era Jurisprudence* nella Corte Hughes fu determinata non solo dalla posizione del *Chief Justice*, che iniziò a votare assieme alla minoranza *liberal*, ma anche dal giudice Owen Roberts, che smise di votare assieme all’ala oltranzista (i c.d. *Four Horsemen*)²⁶⁸. Di conseguenza, per potere spostare l’asse della Corte Suprema, c’è bisogno che almeno un altro dei giudici nominati da Trump cambi posizione di fronte all’estremismo della maggioranza conservatrice. Se questo non sembra proprio possibile nel caso del giudice Barrett, una sia pur minima possibilità, forse anche per quel che è già accaduto nel caso *Bostock*, sembra averla il giudice Gorsuch, anche se bisognerà vedere se quella convergenza è stata una mera evenienza²⁶⁹, o se, invece, costituisca una valida alternativa al paradigma originalista-conservatore²⁷⁰.

Va tenuto presente che, in corrispondenza dell’abbandono della

²⁶⁸ Sull’abbandono della *Lochner Era Jurisprudence*, si vedano B. ACKERMAN, *We the People*, 2, cit., pp. 362 ss.; C. BOLOGNA, *Advice and consent nell’evoluzione del federalismo americano*, cit., pp. 401 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 134 ss.; B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 4/2000, vol. CXLVIII, pp. 971 ss.; H. GILLMAN, *The Constitution Besieged*, cit., pp. 190 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 187 ss.; M.J. PHILLIPS, *Another Look at Economic Substantive Due Process*, cit., pp. 281 ss.; A. PIN, *La sovranità in America*, cit., pp. 52 ss.; ID., *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., pp. 118 ss.; M. SOHONI, *The Trump Administration and the Law of the Lochner Era*, cit., pp. 1344 ss.

²⁶⁹ Sul caso *Bostock* come teatro di scontro tra il testualismo di Gorsuch e quello di Kavanaugh insiste S. CAPPARELLI, *In Search of Ordinary Meaning: What Can Be Learned from the Textualist Opinions of Bostock v. Clayton County?*, in *University of Chicago Law Review*, n. 6/2021, vol. LXXXVIII, pp. 1419 ss.

²⁷⁰ Un certo ottimismo sul giudice Gorsuch sembra averlo anche L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale*, cit., p. 503, secondo il quale *Bostock* non è rimasta un caso isolato, in quanto anche nel successivo caso *Nin-Chavez v. Garland* (141 S. Ct. 1474) Gorsuch ha coalizzato sulla sua tesi un’inedita maggioranza formata con i tre giudici *liberal* (Breyer, Kagan, e Sotomayor) e i due giudici più dichiaratamente conservatori (Barrett e Thomas). Di Gorsuch come espressione di un *tertium genus* tra le posizioni originaliste e il pragmatismo conservatore del *Chief Justice* Roberts parla D. CAMONI, *Can a word change the world*, cit., pp. 4535 ss., che però avverte che tutto questo non fa di lui un *liberal* né uno *swing voter* alla Kennedy. Possibilista su Gorsuch come *swing vote* in *Dobbs* era M. SPINDELMAN,

Lochner Era Jurisprudence, cambia anche l'idea che la Corte Suprema si ritaglia nell'ambito del sistema costituzionale statunitense²⁷¹. In virtù della *Footnote n. 4* nel caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938)²⁷², infatti, la Corte Suprema cessa di essere espressione e custode dell'ideologia WASP, per divenire invece garante dei gruppi minoritari ed emarginati²⁷³. Ed è in questa ottica che va visto l'attivismo della Corte Warren²⁷⁴ e della prima Corte Burger, anche se questa ultima è da considerare sicuramente più moderata della prima²⁷⁵.

A questo punto, però, si pone una questione di fondo: il reflusso sempre più marcato ed evidente della straordinaria stagione dei diritti civili si può interpretare anche come una sorta di *overruling* della *Footnote n. 4*, con il conseguente ritorno alla centralità della *property* e della *freedom of contract*? Ragionando per assurdo, si potrebbe pensare che la "nuova" *Footnote n. 4* potrebbe essere la *concurring opinion* del giudice Thomas, dove è esplicitamente dichiarata la volontà di ribaltare le decisioni riguardante l'autonomia personale. La speranza è che, analogamente a quanto avvenuto 86 anni fa, anche questa nuova stagione "lochenriana" di attivismo in senso regressivo giunga ad esaurimento,

Justice Gorsuch's Choice: From Bostock v. Clayton Country to Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, in *ConLawNOW*, 2021, vol. XIII, pp. 11 ss.

²⁷¹ Si vedano B. ACKERMAN, *We the People*, 2, cit., pp. 368-369; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., pp. 139 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 33 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 76 ss.

²⁷² 304 U.S. 144 (1938).

²⁷³ Si veda R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., pp. 13 ss. e pp. 50-51. Sulle implicazioni della sentenza *Carolene*, si vedano anche L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 37 ss.; ID., *Tanto tuonò che piove*, cit., pp. 60 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., pp. 264 ss.

²⁷⁴ Sul legame tra la *Footnote n. 4* e la giurisprudenza della Corte Warren, si vedano J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., pp. 75 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., pp. 78 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 276 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 44 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni*, cit., pp. 145 ss.

²⁷⁵ Per un ritratto in chiaroscuro del *judicial activism* della Corte Burger, si veda G.R. STONE, *The Selective Activism of the Burger Court*, in *ABA Journal*, n. 6/1986, vol. LXXII, pp. 10 ss., ove viene sottolineata la sua natura più moderata rispetto alla Corte Warren. Sulla giurisprudenza della prima Corte Burger, si veda anche T.E. YARBROUGH, *The Burger Court and Unspecified Rights: On Protecting Fundamental and Not-So-Fundamental Rights or Interests through a Flexible Conception of Equal Protection*, in *Duke Law Journal*, n. 1/1977, pp. 143 ss.

e si possa ragionevolmente pensare ad una nuova stagione di espansione dei diritti civili, magari con un nuovo Harry Blackmun.

5. I possibili rimedi alla deriva estremistica della Corte Suprema

Per concludere questo lavoro, credo sia necessario analizzare possibili rimedi a questa nuova stagione di attivismo in senso regressivo²⁷⁶. In uno dei primi commenti apparsi sulla sentenza *Dobbs*, Pasquale Pasquino, richiamando le considerazioni sul tema di Dieter Grimm, dedica un breve accenno finale alle stravaganze dell'interpretazione costituzionale prevalente negli U.S.A. (l'originalismo), nonché alla irrazionalità della nomina a vita di giudici estremisti²⁷⁷. D'altra parte, anche studiosi statunitensi, tra cui Sanford Levinson, hanno posto la questione del mandato a vita dei giudici della Corte Suprema come uno dei problemi del sistema costituzionale americano²⁷⁸. La nomina a

²⁷⁶ Sui problemi riguardanti composizione e struttura della Corte Suprema, oltre alla bibliografia citata *infra* nelle note 17 e 19, si vedano J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court: A Proposal to Replace Life Tenure on the Supreme Court with Staggered, Nonrenewable Eighteen-Year Terms*, in *Virginia Law Review*, n. 4/2004, vol. XC, pp. 1093 ss.; R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, in *California Law Review*, 2007, n. spec., vol. XCV, pp. 1313 ss.; J.W. WHITEHEAD, J.M. BECKETT, *A Dysfunctional Supreme Court: Remedies and Comparative Analysis*, in *Charleston Law Review*, n. 1/2009, vol. IV, pp. 171 ss.; D. ORENTLICHER, *Supreme Court Reform: Desirable—And Constitutionally Required*, in *Southern California Law Review Postscript*, 2018, vol. XCII, pp. 29 ss.; D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, in *Yale Law Journal*, n. 1/2019, pp. 148 ss.; ID., *The Future of Supreme Court Reform*, in *Harvard Law Review Forum*, n. 7/2021, vol. CXXXIV, pp. 398 ss.

²⁷⁷ Cfr. P. PASQUINO, *Gli effetti sociali di una strana sentenza*, in *Astrid Rassegna*, n. 10/2022, n. 357 (11-7-2022), p. 3.

²⁷⁸ Cfr., in proposito, S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court: Life Tenure Reconsidered*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 3/2006, vol. XXIX, pp. 769 ss.; D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema?*, cit., pp. 160 ss.; A. CHILTON, D. EPPS, K. ROZEMA, M. SEN, *Designing Supreme Court Term Limits*, in *Southern California Law Review*, n. 1/2021, vol. XCV, pp. 1 ss.; T. COOPER, A. DWORKIN, D. HOSMER-QUINT, A. PESCOVITZ, *Retiring Life Tenure: On Term Limits and Regular Appointments at the Supreme Court*, in *Cardozo Law Review*, n. 7/2021, vol. XLII, pp. 2763 ss.; K. COSTELLO, *Supreme Court Politics and Life Tenure: A Comparative Inquiry*, in *Hastings Law Journal*, n. 4/2020, vol. LXXI, pp. 1153 ss.; J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1098 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., pp. 211 ss.; D.A.

vita costituisce in effetti uno di quei casi tipici in cui è dato riscontrare un anacronismo della norma, in quanto era stata pensata per una Corte Suprema molto diversa da quella attuale, e con una esposizione politica decisamente inferiore²⁷⁹.

Una delle ragioni che giustificano la nomina a vita è che essa può effettivamente garantire un grado di indipendenza dal nominante che la nomina a tempo non può invece garantire²⁸⁰. E tuttavia, da parte di molti studiosi statunitensi, viene replicato che la nomina a vita è comunque un *unicum* nell'ambito del diritto costituzionale occidentale, non essendo prevista per nessuna Corte Suprema o Corte costituzionale degli altri Paesi²⁸¹. In particolare, due sono i problemi legati ad essa: quello del ritiro strategico dei giudici, in modo da perpetuare i rapporti di forza esistenti²⁸², e l'incentivo a nominare giudici sempre più giovani²⁸³.

Ulteriori conseguenze della nomina a vita sono, da un lato, l'au-

KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., p. 369; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (and Now We the People Can Correct It)*, Oxford-New York, 2008, pp. 123 ss.; J.W. WHITEHEAD, J.M. BECKETT, *A Dysfunctional Supreme Court*, cit., pp. 212 ss.

²⁷⁹ Sulla differenza tra la Corte Suprema dei *Framers* e l'attuale insistono S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 822-823; J.W. WHITEHEAD, J.M. BECKETT, *A Dysfunctional Supreme Court*, cit., p. 213.

²⁸⁰ Sulla posizione unica dei giudici della Corte Suprema, nominati a vita ed isolati dalle pressioni del processo politico, insiste G.R. STONE, *The Selective Activism of the Burger Court*, cit., p. 12. Le ragioni a favore della nomina a vita sono state analizzate anche da R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1316 ss.

²⁸¹ Cfr. S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 819 ss.; K. COSTELLO, *Supreme Court Politics and Life Tenure*, cit., pp. 1162 ss.; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., p. 135; B. OPESKIN, *Models of Judicial Tenure: Reconsidering Life Limits, Age Limits and Term Limits for Judges*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 4/2015, vol. XXXV, pp. 627 ss.; J.W. WHITEHEAD, J.M. BECKETT, *A Dysfunctional Supreme Court*, cit., p. 214.

²⁸² Sui ritiri strategici, si vedano S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 801 ss.; R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1321 ss.; J.E. DI TULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1101 ss.; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., pp. 136-137 (che cita i casi emblematici di Potter Stewart e Byron White); L.J. ZIGERELL, *Justice Has Served: U.S. Supreme Court Justice Retirement Strategies*, in *The Justice System Journal*, n. 2/2013, vol. XXXIV, pp. 208 ss.

²⁸³ Sulla nomina a vita come incentivo a nominare giudici sempre più giovani insistono R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., p. 1322; J.E. DI TULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1110 ss.; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., p. 136.

mento esponenziale del periodo di permanenza in Corte Suprema, e dall'altro, la permanenza forzata nella carica in caso di Presidenti con opposta tendenza politica. Per quanto riguarda il primo fenomeno, va rilevato che, in virtù dell'allungamento delle aspettative di vita, il periodo medio di permanenza nella Corte Suprema dal 1970 ad oggi è raddoppiato: mentre la media dal 1789 al 1970 era inferiore ai 15 anni, la media dal 1970 ad oggi è arrivata quasi a 27 anni²⁸⁴. Per quanto riguarda il secondo fenomeno, sono numerosi i casi di giudici rimasti in carica, nonostante un evidente appannamento delle loro facoltà fisiche e mentali²⁸⁵, con tutto quel che ciò comporta in ordine all'efficienza ed alla speditezza dei lavori del collegio giudicante.

Per evitare la prassi dei ritiri strategici e garantire un fisiologico ricambio è stata proposta un'età massima (75 anni), dopo cui scatterebbe l'obbligo di dimissioni²⁸⁶. Tale misura finisce per essere però arbitraria, in quanto storicamente ci sono stati giudici che hanno avuto un crollo delle loro facoltà anche prima dei 75 anni, e giudici come Oliver Wendell Holmes o John Paul Stevens rimasti lucidi sino al loro ritiro, a 90

²⁸⁴ Cfr., in proposito, S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 778 ss.; A. CHILTON, D. EPPS, K. ROZEMA, M. SEN, *Designing Supreme Court Term Limits*, cit., pp. 16 ss.; T. COOPER, A. DWORKIN, D. HOSMER-QUINT, A. PESCOVITZ, *Retiring Life Tenure*, cit., pp. 2766 ss.; J. CROW, C.F. KARPOWITZ, *Where Have You Gone, Sherman Minton? The Decline of the Short-Term Supreme Court Justice*, in *Perspective on Politics*, n. 3/2007, vol. V, pp. 425 ss.

²⁸⁵ Cfr., in proposito, D.J. GARROW, *Mental Decrepitude on the U.S. Supreme Court: The Historical Case for a 28th Amendment*, in *University of Chicago Law Review*, n. 4/2000, vol. LXVII, pp. 995 ss., che segnala come casi di giudici non più in pieno possesso delle loro facoltà fisiche o mentali quello di Stephen J. Field, *ivi*, pp. 1008 ss., di Joseph McKenna, *ivi*, pp. 1012 ss., del Chief Justice William Howard Taft, *ivi*, pp. 1016-1017, di Sherman Minton, *ivi*, pp. 1043 ss., di Hugo Black, *ivi*, pp. 1050 ss., di William Douglas, *ivi*, pp. 1052 ss., di Lewis Powell, *ivi*, pp. 1069-1070, e di Thurgood Marshall, *ivi*, pp. 1071 ss.. Diverso è il caso di Charles E. Whittaker, *ivi*, pp. 1045 ss., che lasciò la Corte dopo solo 5 anni per un esaurimento nervoso. Sul decadimento fisico e/o psichico dei giudici Black, Douglas, Brennan, Marshall e Blackmun negli ultimi anni del loro servizio insiste R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1322-1323. Sul problema del declino psicofisico dei giudici, inoltre, si vedano S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 815 ss.; J. CROW, C.F. KARPOWITZ, *Where Have You Gone, Sherman Minton?*, cit., pp. 436-437; K.E. HAHN, *Ghosts of the Supreme Court: A Historical Jurisdictional Analysis Justifying a Constitutional Amendment for Compulsory Medical Retirement*, in *Indiana Law Review*, n. 1/2021, vol. LIV, pp. 247 ss.

²⁸⁶ Su questi aspetti, si veda nuovamente D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., pp. 134 ss.

anni suonati²⁸⁷. D'altra parte, l'obbligo di ritiro a 75 anni²⁸⁸, che è stato proposto più volte, addirittura come emendamento costituzionale²⁸⁹, è facilmente aggirabile con la nomina di giudici quarantenni, in modo da poter condizionare la Corte Suprema per almeno un trentennio.

Una delle proposte su cui maggiormente si è dibattuto negli ultimi anni è quello della sostituzione del mandato vitalizio con uno di 18 anni²⁹⁰, con scadenza di un giudice ogni due anni, in modo da consentire un ricambio continuo, ed evitare la circostanza che alcuni presidenti possano fare un gran numero di nomine, ed altri invece nessuna²⁹¹. Il primo problema dietro la nomina a tempo è che una misura di questo tipo, pur garantendo un tasso di pluralismo molto più elevato all'interno della Corte Suprema rispetto a quello di oggi, e pur costituendo un forte disincentivo ai ritiri strategici ed alle nomine di giudici troppo giovani²⁹², rischierebbe di politicizzare ancora di più il collegio²⁹³,

²⁸⁷ Sulle difficoltà di carattere fisico degli ultimi mesi di servizio del giudice Holmes, si vedano D.J. GARROW, *Mental Decrepitude on the U.S. Supreme Court*, cit., pp. 1017-1018; K.E. HAHN, *Ghosts of the Supreme Court*, cit., p. 255.

²⁸⁸ Perplexità nei riguardi di questa soluzione sono avanzate da J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1133 ss.; K.E. HAHN, *Ghosts of the Supreme Court*, cit., pp. 268 ss.

²⁸⁹ Sui numerosi tentativi di introdurre un emendamento costituzionale, si veda D.J. GARROW, *Mental Decrepitude on the U.S. Supreme Court*, cit., spec. pp. 1028 ss., 1056 ss.

²⁹⁰ Sulla riduzione del mandato a 18 anni, si vedano S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 824 ss.; R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1324 ss.; J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1119 ss.; R.D. DOERFLER, S. MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, cit., pp. 1724-1725 e pp. 1746 ss.; D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, cit., pp. 173 ss.; D. HEMEL, *Can Structural Changes Fix the Supreme Court?*, cit., pp. 130 ss.; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., pp. 135-136.

²⁹¹ Basti pensare al fatto che Trump, in soli 4 anni, ha potuto nominare ben tre giudici, mentre Carter, che ugualmente è stato Presidente per un solo mandato, neanche uno, il che stride con il fatto che il suo predecessore Ford, Presidente per meno di due anni in sostituzione del dimissionario Nixon, ha potuto comunque nominare un giudice, e che anche George Bush sr. ha potuto comunque nominare due giudici. Si vedano S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., p. 812; J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., p. 1118; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., p. 125 e p. 136.

²⁹² Cfr., in proposito, J.E. DiTULLIO, J.B. SCHOCHET, *Saving This Honorable Court*, cit., pp. 1120 ss.

²⁹³ Sul rischio di politicizzazione maggiore per la Corte Suprema con l'introduzione

specialmente se maggioranza presidenziale e maggioranza senatoriale finiscono per coincidere.

Un ulteriore rischio è che il Presidente possa condizionare l'operato della Corte Suprema con il passare degli anni: se alla fine del secondo mandato, il Presidente avrebbe nominato quattro giudici, nel malaugurato caso in cui uno o più giudici in scadenza negli anni successivi vengano a mancare, egli arriverebbe a nominare la maggioranza dei giudici, realizzando un *Court-packing* di fatto, e trasformando così l'istituzione da contromaggioritaria in maggioritaria²⁹⁴. Per evitare questi rischi, è stata avanzata la proposta di introdurre un limite temporale più breve, pari a 12 anni, in modo da garantire comunque un certo tasso di pluralismo all'interno della Corte e un fisiologico ricambio tra giudici in tempi ragionevoli²⁹⁵. Tuttavia, neanche questa soluzione garantisce da nomine troppo faziose e partigiane, e da un rischio di ulteriore politicizzazione dell'organo.

Il problema fondamentale riguardante la modifica del carattere vitalizio della nomina è però dato dal fatto che è comunque necessaria una revisione costituzionale²⁹⁶, il che pone enormi problemi in ragione della estrema complessità delle procedure di revisione costituzionale previste dall'art. V Cost. U.S.A.²⁹⁷. A testimonianza di questa difficoltà

ne di nomine a tempo, si soffermano D. EPPS, G. SITARAMAN, *The Future of Supreme Court Reform*, cit., p. 403.

²⁹⁴ Una possibile alternativa a questa evenienza è quella suggerita da R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1324-1325 e p. 1333, che prevede il richiamo temporaneo di uno dei *Senior Justice*.

²⁹⁵ A favore dei 12 anni sono J.W. WHITEHEAD, J.M. BECKETT, *A Dysfunctional Supreme Court*, cit., pp. 216 ss.

²⁹⁶ Cfr., tuttavia, R.C. CRAMTON, *Reforming the Supreme Court*, cit., pp. 1325 ss., secondo cui una soluzione legislativa sarebbe conforme a costituzione. Sulla possibilità di introdurre in via legislativa limiti temporali al mandato di giudice della Corte Suprema, si veda anche S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term Limits for the Supreme Court*, cit., pp. 855 ss.

²⁹⁷ Si veda, in proposito, R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., p. 121, il quale ritiene la Costituzione federale statunitense un documento praticamente impossibile da emendare. Sulla sostanziale immodificabilità della costituzione statunitense insiste anche A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., pp. 424 ss., che sottolinea a p. 426 come l'impossibilità di aggiornare le disposizioni costituzionali finisca per rovesciare sulle spalle della Corte Suprema la responsabilità di un adeguamento del testo costituzionale al mutare del tempo. Sulle problematiche riguardanti l'art. V Cost. U.S.A., si vedano anche C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 10 ss.; R.S. KAY, *Formal and Informal Amendment of the United*

si può citare il fatto che in 235 anni sono stati approvati solo 27 emendamenti, l'ultimo addirittura a oltre 200 anni dalla sua proposizione. Ed è forse proprio per l'estrema difficoltà ad operare revisioni costituzionali che alcune delle più grandi riforme (il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico, a seguito del *New Deal*, per esempio)²⁹⁸ sono avvenute a costituzione invariata²⁹⁹.

Se quindi la messa in discussione della nomina a vita non sembra realisticamente possibile, più facile sembra essere il ricorso al *Court-packing*, in virtù del fatto che il numero dei giudici della Corte Suprema non è scritto nel testo costituzionale, ed è storicamente cambiato più volte nel primo secolo di storia costituzionale statunitense³⁰⁰. In realtà, neanche il ricorso a questa misura è così semplice e privo di problemi. Va ricordato infatti che il *Court-packing* è stato minacciato nel 2021 con la presentazione di un *bill* che modificava il numero dei giudici della Corte³⁰¹, ma non sembra avere ottenuto grandi risultati, visto che, qualche mese dopo, la Corte Suprema ha adottato le tre discutibili decisioni del 2022 su aborto, armi e ambiente.

Il primo problema per lo schieramento che intende utilizzare il *Court-packing* è che deve disporre di una netta maggioranza in en-

States Constitution, in *The American Journal of Comparative Law*, 2018, n. spec., vol. LXVI, pp. 243 ss.; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution*, cit., pp. 159 ss.

²⁹⁸ Sul fondamentale passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico negli Stati Uniti, si veda soprattutto G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., pp. 28 ss.

²⁹⁹ Sulla labilità dei confini tra innovazioni costituzionali espresse e innovazioni costituzionali tacite, si vedano C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 14 ss.; R.S. KAY, *Formal and Informal Amendment of the United States Constitution*, cit., pp. 260 ss.; A. VESPAZIANI, *USA: il dissolversi della distinzione tra Costituzione scritta e Costituzione non scritta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2009, pp. 1829 ss.; ID., *Problematiche della rigidità costituzionale statunitense*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, vol. I, pp. 343 ss.

³⁰⁰ Sul *Court-packing*, si vedano D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema?*, cit., pp. 167 ss.; D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, cit., pp. 175 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., pp. 246 ss.; A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., pp. 10 ss.; N.S. SIEGEL, *The Trouble with Court-Packing*, in *Duke Law Journal*, n. 1/2022, vol. LXXII, pp. 71 ss.

³⁰¹ Si veda A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., p. 4, che sottolinea come nel progetto di legge presentato il 15 aprile 2021 dal senatore Markey e da tre deputati fosse previsto l'aumento del numero di giudici da 9 a 13.

trambe le Camere ed una fortissima legittimazione popolare. In questa situazione erano Roosevelt e i democratici dopo la riconferma alle elezioni del 1936, mentre questa non era certamente la situazione di Biden e dei democratici dopo le elezioni del 2020³⁰². Qualche remota possibilità ci potrebbe essere nel caso che Biden decida di presentarsi nuovamente alle elezioni del 2024, e riesca a vincerle con una maggioranza ampia, ma l'eventualità non sembra così probabile, in primo luogo per l'età avanzata dell'attuale Presidente, e, in secondo luogo, per il fatto che lo scarto dei voti tra democratici e repubblicani non è così ampio da pensare di ripetere i risultati delle plebiscitarie elezioni del 1936³⁰³.

Oltre a ciò, si pone il problema fondamentale del *Court-packing*: qualsiasi cambiamento strutturale degli organi di garanzia volto ad incidere sui rapporti tra maggioranza e minoranza non costituisce un ripristino della funzione di garanzia, ma niente altro che un ulteriore tassello di delegittimazione. Per dirla in altri termini, passare dalla attuale Corte Suprema dominata da estremisti conservatori ad una dominata da giuristi *liberal* certamente non aiuta l'istituzione a riacquistare legittimazione agli occhi dell'opinione pubblica, ma, anzi, finisce per indebolirla ancora di più. Proprio l'esperienza polacca, dove l'organo di garanzia giurisdizionale è stato ridotto a un organo di consulenza della maggioranza politica di governo, sta a dimostrarlo³⁰⁴.

Un ulteriore modo per influire sulla composizione della Corte Suprema è mettere in stato di accusa (*impeachment*) un giudice la cui condotta sia discutibile, con conseguente rimozione dalla carica³⁰⁵. L'im-

³⁰² Di diverso avviso sembra D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema?*, cit., p. 170-171.

³⁰³ Alle elezioni presidenziali F.D. Roosevelt prese quasi il 61% dei voti popolari contro il 36,5% del suo sfidante repubblicano, Alf Landon. Alle elezioni per la Camera dei rappresentanti, i democratici conquistarono, con il 56% dei voti, 334 seggi su 435, mentre alle elezioni per il Senato aumentarono ulteriormente il numero di seggi, conquistando 75 seggi su 96 (dopo le elezioni del 1934, disponevano di 70 seggi su 96). Sulle elezioni del 1936, si veda B. ACKERMAN, *We the People*, 2, cit., pp. 306 ss.

³⁰⁴ Cfr., in proposito, J. SAWICKI, *L'Unione europea come argine alla erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, parte I, pp. 153 ss., che sottolinea a pp. 169-170 come le controriforme polacche sulla magistratura abbiano potuto produrre effetti immediati grazie alla "disattivazione" del controllo di costituzionalità, in quanto il Tribunale costituzionale era stato ridotto a mero *government's enabler*.

³⁰⁵ Questa possibilità non è niente altro che l'altra faccia della clausola del *during good behaviour*. Sulla rimozione dei giudici, si vedano J.D. FEERICK, *Impeaching Federal Judges: A Study of the Constitutional Provisions*, in *Fordham Law Review*, n.

peachment può quindi realizzare una sorta di piccolo *Court-packing*, consentendo di liberarsi di giudici politicamente sgraditi e nominare giudici politicamente contigui³⁰⁶. Tuttavia, le procedure di *impeachment* non sono facilmente attivabili: basti pensare che, sebbene esse abbiano riguardato un certo numero di giudici federali, il numero di giudici della Corte Suprema finiti sotto indagine per comportamenti scorretti è molto basso (tre in tutto)³⁰⁷. Inoltre l'alto *quorum* richiesto per la rimozione dalla carica (i 2/3 del Senato) rende comunque necessario un accordo *bipartisan*.

Di *impeachment* di un giudice della Corte Suprema si è tornato a parlare in questi ultimi giorni a seguito delle feroci polemiche che hanno riguardato il giudice Thomas e i suoi lussuosi viaggi e soggiorni pagati dal magnate repubblicano Harlan Crow³⁰⁸. Sotto certi aspetti, la sua situazione sembra simile a quella riguardante Abe Fortas, dimessosi nel maggio 1969 in quanto indagato a causa del pagamento di una somma di denaro da parte di un finanziere, quando era già giudice della Corte Suprema. Tuttavia, proprio quel che è accaduto dopo le dimissioni del giudice Fortas ammonisce a non pensare che il ricorso

1/1970, vol. XXXIX, pp. 1 ss.; J.E. PFANDER, *Removing Federal Judges*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 4/2007, vol. LXXIV, pp. 1227 ss.; S. PRAKASH, S.D. SMITH, *How To Remove a Federal Judge*, in *The Yale Law Journal*, n. 1/2006, vol. CXVI, pp. 72 ss.

³⁰⁶ Si veda T. SAMAHON, *Impeachment as Judicial Selection*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, n. 3/2010, vol. XVIII, pp. 595 ss.

³⁰⁷ Il primo è Samuel Chase, messo in stato d'accusa da parte della Camera dei Rappresentanti, ma "salvato" dal Senato, che, pur votando a favore di alcuni dei capi di imputazione contestati, non lo fece con la maggioranza prescritta per la sua rimozione. Il secondo è William Orville Douglas, icona *liberal* della Corte Suprema, il quale fu oggetto di ben due procedure di *impeachment*, una nel 1953, in piena epoca maccartista, e un'altra nel 1970, nessuna delle quali sfociò in una deliberazione formale da parte della Camera dei Rappresentanti. Il terzo infine è Abe Fortas, finito sotto indagine da parte della Amministrazione Nixon per i suoi legami con il finanziere Wolfson, e che preferì dimettersi da giudice della Corte Suprema prima che si desse inizio alla procedura formale di *impeachment*. Si vedano B. BETHUNE, *Ethically Ignoring Impeachment Efforts: Historical Case Study of the Politics of the Impeachment Efforts of Justice Douglas*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, n. 4/2022, vol. XXXV, pp. 529 ss.; J. CROW, C.F. KARPOWITZ, *Where Have You Gone, Sherman Minton?*, cit., p. 432; J.D. FEERICK, *Impeaching Federal Judges*, cit., pp. 28 ss.; M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKY, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 180-181; T. SAMAHON, *Impeachment as Judicial Selection*, cit., pp. 604 ss.

³⁰⁸ Cfr., in proposito, Z. MONTAGUE, *Lawmakers Call for Tighter Ethics Code After Revelations About Justice Thomas*, in *New York Times*, 6 aprile 2023.

all'*impeachment* di un giudice della Corte Suprema sia una strada priva di ostacoli, e che non abbia conseguenze dirompenti³⁰⁹.

Le eventuali riforme vanno fatte perciò pensando non alla immediata attualità, ma con lo sguardo in avanti in modo da impedire che si possa nuovamente determinare l'identica situazione. Il problema dell'attuale Corte Suprema non sta tanto nel fatto che il giudice sia nominato a vita, quanto piuttosto nel fatto che si nominino giudici sempre più giovani e sempre più faziosi ed estremisti. Uno degli indici per verificare questa deriva è dato sicuramente dall'esito delle votazioni per la sua conferma: tanto più è risicata la sua maggioranza, tanto più aumenta il rischio concreto di avere a che fare con un giudice fazioso³¹⁰.

Per evitare una simile prospettiva si potrebbe prevedere una età minima (almeno 50-55 anni), al di sotto della quale non si possa mai scendere, e che il consenso del Senato sia elevato a 2/3, come per la rimozione, in modo da garantire nomine condivise. La conferma a maggioranza qualificata infatti imporrebbe la scelta di un candidato giudice non estremista, gradito ad entrambi gli schieramenti. Il triste spettacolo offerto dal 2017 sino ad oggi di giudici confermati con maggioranze risicate non è affatto un buon segnale per la vitalità della democrazia americana, tanto più che si parla di istituzioni di garanzia. Va comunque detto che l'introduzione di maggioranze qualificate nel voto di conferma dei candidati giudici della Corte Suprema non garantisce di per sé che la situazione magicamente si risolva. Anzi, in un momento in cui la polarizzazione politica tra democratici e repubblicani è sempre più accentuata, pensare che prevalgano alla fine atteggiamenti ragionevoli e collaborativi rischia di essere una mera illusione.

La proposta di una votazione a maggioranza qualificata da parte del Senato dal ripristino è cosa diversa dal ripristino della vecchia pratica del *filibustering* prima della introduzione della c.d. *nuclear*

³⁰⁹ È da tenere presente, infatti, che il sostituto del giudice Fortas, Harry Blackmun, prese servizio oltre un anno dopo le dimissioni del primo (giugno 1970), a causa del fatto che il Senato non confermò i due candidati proposti da Nixon, i già citati Haynsworth e Carswell. D'altra parte, va considerato che la mancata conferma dei due candidati nixoniani è probabilmente alla base della richiesta di *impeachment* del giudice Douglas nell'aprile 1970. Sulle motivazioni politiche dell'*impeachment* a Douglas, si veda B. BETHUNE, *Ethically Ignoring Impeachment Efforts*, cit., pp. 536 ss.

³¹⁰ Prima delle stentate conferme dei tre giudici nominati da Trump, solo Clarence Thomas aveva ottenuto una conferma con una maggioranza risicata (52 favorevoli e 48 contrari), in un Senato a maggioranza democratica. Cfr. S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars*, cit., pp. 877-878.

option (ovverosia, la fine della discussione deliberata a maggioranza semplice e non più a maggioranza qualificata)³¹¹. Al di là della questione della sua ammissibilità teorica o meno, se è vero che, fino al 2013, l'ostruzionismo poteva essere superato solo con una maggioranza qualificata (dal 1916 fino al 1975 erano necessari i 2/3, poi abbassati a 3/5)³¹² è anche vero il suo uso reiterato da parte dei repubblicani è stato alla base della scelta della *nuclear option* da parte dei democratici. Il problema, semmai, è l'uso fatto della *nuclear option* nelle votazioni dei giudici nominati da Trump³¹³. D'altra parte, anche l'esperienza comparata dimostra che l'abbassamento dei *quorum* di garanzia, con il passaggio dalle maggioranze qualificate a quella semplice, è un salto nel buio³¹⁴.

In conclusione, nessuno dei rimedi auspicabili è di per sé decisivo per potere porre fine a questa pericolosa deriva. Alla fine, forse, l'unico vero antidoto all'estremismo di questa Corte Suprema è la rinascita nelle università statunitensi di un rinnovato movimento di realismo giuridico che si ponga come primo scopo la lotta contro i consunti paradigmi originalisti: così come i realisti di un secolo orsono avevano demistificato le costruzioni ideologiche della ortodossia giuridica classica, così il nuovo movimento realista dovrebbe avere come scopo

³¹¹ Si vedano D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema?*, cit., pp. 173 ss.; D. EPPS, G. SITARAMAN, *How to Save the Supreme Court*, cit., pp. 179-180.

³¹² Sul *filibustering*, si vedano R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, 2015, pp. 368 ss.; L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, cit., pp. 846 ss.

³¹³ Come una sorta di gigantesco *boomerang*, la scelta di abbassare i *quorum* si è ritorta contro i democratici quando i repubblicani, divenuti maggioranza in Senato, hanno deciso di utilizzare la *nuclear option* per le votazioni di conferma dei candidati giudici della Corte Suprema, allo scopo di superare l'ostruzionismo da parte dei democratici. Si vedano D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte Suprema?*, cit., pp. 176-177; L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale*, cit., pp. 851 ss.

³¹⁴ Cfr. nuovamente J. SAWICKI, *L'Unione europea come argine alla erosione dello stato costituzionale di diritto*, cit., p. 160, ove evidenzia come la conquista di fatto del Tribunale costituzionale polacco da parte del partito di maggioranza sia potuta avvenire grazie all'esiguo e irrisorio *quorum* necessario per l'elezione dei giudici da parte della Camera bassa (la maggioranza relativa dei voti). Sulla questione dei *quorum* e delle supermaggioranze, si veda anche ID., *Principio di maggioranza e partiti. Aspetti problematici dei quorum funzionali in alcune decisioni di rilievo costituzionale*, in *DPCE Online*, 2021, n. spec., vol. L, pp. 1151 ss.

quello di demistificare le costruzioni ideologiche dominanti dell'originalismo e del testualismo.

* * *

ABSTRACT

ITA

L'articolo prende in esame la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in cui la Corte Suprema ha negato l'esistenza di un diritto costituzionale alla interruzione di gravidanza, ribaltando le storiche decisioni *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*. L'autore analizza in particolare l'*opinion of the Court* e la *concurring opinion* del giudice Thomas, mettendone in evidenza le contraddizioni intrinseche. L'Autore si interroga poi sui limiti dell'originalismo come teoria ermeneutica e sul *judicial activism* della Corte Roberts, operando una comparazione con la *Lochner Era Jurisprudence*. La parte finale del lavoro è dedicata alla illustrazione dei possibili rimedi contro questa deriva estremistica (abolizione del mandato vitalizio di giudice della Corte Suprema, *Court-packing*, *impeachment* dei giudici, ecc.). Secondo l'Autore, solo una rinascita del realismo giuridico potrà porre un freno all'estremismo conservatore della attuale Corte Suprema.

EN

The article examines the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* judgement, in which the Supreme Court denied the existence of a constitutional right to abortion, overturning two historical decisions: *Roe v. Wade* and *Planned Parenthood v. Casey*. The Author analyzes in particular the opinion of the Court and the concurring opinion of Justice Thomas, highlighting their inherent contradictions. Moreover, the Author questions himself about the limits of originalism as a hermeneutic theory and the judicial activism of the Roberts Court, making a comparison with the *Lochner Era Jurisprudence*. The final part of the paper is dedicated to the illustration of the possible remedies against this extremist drift (abolition of the life tenure for the Supreme Court judges, *Court-packing*, *impeachment* of judges, etc.). According to the Author, only a rebirth of legal realism will be able to brake on the conservative extremism of the current Supreme Court.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)