

I limiti della *constitutional adjudication* dei diritti e lo spazio del processo democratico
Considerazioni a margine della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti
di
Fabio Giuseppe Angelini*

SOMMARIO: 1. Il problema dell'aborto come questione di divisione dei poteri; 2. Il percorso giuridico-costituzionale del diritto all'aborto negli Stati Uniti e la critica originalista; 3. Il dibattito americano sull'interpretazione costituzionale e la sua influenza sul percorso argomentativo della sentenza *Dobbs*; 4. Il dibattito tra i costituzionalisti italiani: alcuni spunti sul nesso tra giustizia costituzionale e processi decisionali pubblici; 5. Riflessioni conclusive: i confini della giurisdizione e i necessari limiti alla discrezionalità politica nella circolarità tra democrazia e costituzione.

1. Il problema dell'aborto come questione di divisione dei poteri

La sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti¹, nel ritenere le argomentazioni utilizzate nei precedenti *Roe* e *Casey* «*egregiously wrong from the start*», basate su argomentazioni «*exceptionally weak*», tali da provocare «*damaging consequences*», segna un punto di svolta nel modo di trattare questioni eticamente

* Abilitato alle funzioni di professore di II fascia per il s.c. 12/D1 – Diritto amministrativo e, attualmente, professore straordinario a tempo determinato di Diritto amministrativo e di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università Telematica Internazionale Uninettuno di Roma.

¹ In data 24 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha emesso la sentenza *Bobbs v. Jackson Women's Health Organization* che, nel negare rilevanza costituzionale al diritto di aborto, ha ribaltato la precedente sentenza *Roe v. Wade* del 22 gennaio 1973 poi emendata in parte dalla sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 29 giugno 1992. La pronuncia (www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf), contenente la *majority opinion* di Samuel A. Alito, si compone di 79 pagine a cui si aggiungono le due opinioni concorrenti dei giudici Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, l'opinione concorrente *in the judgment* del Chief Justice John Roberts e le *dissenting opinion* dei giudici Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

controverse come quelle che attengono al sesso, al matrimonio e alla genitorialità. Tale svolta, nel chiamare in causa dispute teoriche che interessano non solo il costituzionalismo americano ma anche quello europeo, almeno a parere di chi scrive, sembra assumere una portata tale da andare ben oltre la questione dell'aborto², lambendo il complesso problema del rapporto tra democrazia e costituzione nelle società occidentali.

Negli ultimi cinquant'anni la tendenza è stata senza dubbio quella di porre questioni delicate, moralmente divisive ed incidenti sulla complessa trama dei rapporti sociali, sul terreno dell'interpretazione costituzionale, facendo per esempio rientrare la regolamentazione dell'aborto entro la sfera della *constitutional adjudication*, piuttosto che su quello del confronto politico-sociale. Tale processo di costituzionalizzazione ha però condotto progressivamente ad affrontare le complesse questioni giuridiche a cui la questione dell'aborto rinvia attraverso le lenti del diritto costituzionale piuttosto che in termini sociali o di politica legislativa.

Come dimostra la sentenza in commento, negli Stati Uniti ciò è sfociato, da un lato, in un continuo e serrato confronto tra giudici e legislatori, alimentato dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e dalle loro necessarie implicazioni sul bilanciamento tra le diverse posizioni soggettive in conflitto e, dall'altro, in una

² Il *revirement* giurisprudenziale della sentenza *Dobbs*, pur superando i precedenti *Roe* e *Casey*, non impone un generale divieto di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, rimettendo piuttosto ai singoli Stati, in sede legislativa, il compito di adottare norme in materia. Per una ricostruzione critica della sentenza alla luce del dibattito costituzionale americano v. E.R. Claeyes, *Dobbs and the Holdings of Roe and Casey*, *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 2022, p. 283-229; H.M. Alvaré, *Nearly 50 Years Post-Roe v. Wade and Nearing its End: What Is the Evidence that Abortion Advances Women's Health and Equality?*, Regent University, vol. 34, n. 2, 2022, p. 165-217. Tra i commenti alla sentenza in lingua italiana si segnalano, in particolare, 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, p. 32-50; A. Canepa, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, *Corti supreme e salute*, 2, 2022, p. 393-427; 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, p. 1-9; nonché C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, *Lettere AIC*, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it e i dibattiti che tale intervento ha suscitato tra i costituzionalisti italiani (Luca Pietro Vanoni, Nicolò Zanon, Quirino Camerlengo, Omar Chessa, Marilisa D'Amico, Giovanna Razzano, Federico Pedrini, Chiara Valentini, Chiara Bologna) i cui interventi sono disponibili sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

progressiva esasperazione tra posizioni “pro-life” e “pro-choice” quale conseguenza dell’accelerazione impressa dalla Corte rispetto al gioco delle forze operanti nella società³.

Le argomentazioni proposte dai giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza in commento, nel dar prova dei diversi approcci possibili all’interpretazione del testo costituzionale, ripropongo nel dibattito costituzionale contemporaneo la tradizionale contrapposizione tra *originalism* e *living constitutionalism* e, con essa, l’attualissimo tema dei confini della giurisdizione e degli spazi del processo democratico.

Il disconoscimento della rilevanza costituzionale del diritto di aborto attraverso l’affermazione di un limite alla giurisdizione stessa, con la conseguente esigenza di riportare la questione della legittimità giuridica dell’aborto sul terreno del processo politico-democratico, si pone nelle argomentazioni della Corte Suprema quale diretta conseguenza dell’impossibilità di riconoscere il diritto di aborto come «profondamente radicati» nella storia e nella tradizione degli USA e, dunque, in virtù di tale mancato radicamento nella sua conseguente estraneità rispetto allo «schema di una ordinata libertà».

Tale approccio argomentativo, sviluppato applicando i canoni interpretativi tipici dell’originalismo e radicandosi attorno al classico problema del rapporto tra testo costituzionale, storia e interpretazione, è stato però oggetto di aspre critiche sul piano metodologico e finanche tacciato di rappresentare un mero «stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili»⁴.

Esso ha però il merito di riaccendere i riflettori sugli incerti confini tra interpretazione costituzionale e dibattito democratico, dovendo far riflettere – come ha ben evidenziato Zanon – sui diversi approcci delle Corti supreme e

³ Si sofferma in particolare su ruolo politico della Corte Suprema, M. Fasan, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all’aborto nell’ordinamento statunitense*, DPCE online, n. 4/2021, p. 4465-4478.

⁴ C. Caruso, *Originalismo e politicalità della Corte suprema degli Stati Uniti*, cit.

costituzionali europee rispetto a quello della Supreme Court statunitense laddove, «mentre le prime scorgono nel bilanciamento tra principi (anche vagamente) desumibili dai testi costituzionali la cifra essenziale del loro intervento, la seconda, forte della propria nuova maggioranza, si è invece data alla ricerca degli stretti confini della materia costituzionale, che si esaurirebbe nel suo testo»⁵.

Partendo dall'analisi del percorso giuridico-costituzionale del diritto all'aborto negli Stati Uniti, il presente contributo intende passare in rassegna il dibattito sull'interpretazione costituzionale con l'obiettivo di evidenziare la sua rilevanza rispetto agli equilibri tra giurisdizione e politica in ordine alle modalità attraverso cui le nostre democrazie costituzionali sono chiamate a dirimere i conflitti tra valori e visioni morali divergenti.

2. Il percorso giuridico-costituzionale del diritto all'aborto negli Stati Uniti e la critica originalista

Era il 1973 quando, con la storica sentenza *Roe v. Wade*, la Corte Suprema, argomentando a partire dal *right to privacy*⁶, applicando la "*substantive due process*"⁷, riconosceva «per la prima volta nella storia generale del diritto costituzionale»⁸ –

⁵ N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, Lettere AIC, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁶ Sul *right to privacy* e i suoi sviluppi nell'ordinamento statunitense si v. A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa*, Napoli, 2017; con riferimento alla sentenza *Roe v. A. Baraggia*, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto*, cit.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, II, Torino, 2000, p. 105-107.

⁷ «The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, . . . (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment . . . in the Fourth and Fifth Amendments . . . in the penumbras of the Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, . . . in the Ninth Amendment, or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment . . . These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed 'fundamental' or 'implicit in the concept of ordered liberty,' . . . are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage, . . . procreation, . . . contraception, . . . family relationships, . . . and child rearing and education This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action [i.e., substantive due process], as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy» (*Roe v. Wade*, 410 US, par. 153).

⁸ Così G. Bognetti, *Aborto (voce)*, cit., p. 7.

pur sollevando numerosi dubbi nel dibattito costituzionale americano – la libertà di abortire quale diritto costituzionalmente protetto a livello federale, ritenendolo comprimibile dallo Stato solo a partire dal settimo mese di gravidanza.

Fino a tale decisione, da sempre ritenuta una delle più controverse della Corte Suprema, la regolamentazione dell'aborto era stata semplicemente rimessa alle singole legislazioni statali che, pur nella loro diversità, recepivano le posizioni espresse dalla società americana su questo tema.

A tale pronuncia aveva poi fatto seguito la sentenza resa dalla stessa Corte nel caso *Casey*. Essa, pur senza mettere in discussione i principi già affermati nella sentenza *Roe* ma con tesi in parte corrette ed integrate alla luce del XIV Emendamento⁹, da un lato forniva argomenti diversi in ordine al fondamento costituzionale del diritto di aborto, radicandolo nella *women's "equal citizenship"*, sostenendo cioè che il diritto di scegliere se e quando avere un figlio rendeva più facile per le donne «partecipare equamente alla vita economica e sociale della nazione»; dall'altro, ridefiniva taluni aspetti riguardanti il *right to abortion* con particolare riferimento alla possibilità concessa ai singoli Stati di introdurre limitazioni solo a partire dalla *viability* (ossia in presenza della capacità del feto di sopravvivere fuori dal grembo), ritenendo insussistente l'interesse degli Stati a legiferare con riferimento al primo trimestre di gravidanza, e al ricorso al parametro dell'*undue burden* (anziché dello *strict scrutiny*) ai fini del sindacato giurisdizionale sulle leggi statali, potendo ritenere queste ultime legittime a condizione che non rendessero eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto di aborto.

Per quanto di interesse in questa sede, sia *Roe* che *Casey* giungevano a riconoscere il fondamento costituzionale del diritto di aborto facendo ricorso alla "*substantive due*

⁹ «Although a literal reading of the Clause might suggest that it governs only the procedures by which a State may deprive persons of liberty, for at least 105 years, since *Mugler v. Kansas*, . . . (1887), the Clause has been understood to contain a substantive component as well, one 'barring certain government actions regardless of the fairness of the procedures used to implement them.' . . . 'Thus all fundamental rights comprised within the term liberty are protected by the Federal Constitution from invasion by the States.' . . . '[T]he guaranties of due process, though having their roots in the Magna Carta's *per legem terrae* and considered as procedural safeguards 'against executive usurpation and tyranny,' have in this country 'become bulwarks also against arbitrary legislation' . . .» (*Planned Parenthood v. Casey*, 505 US, par. 846–47).

process” ricavabile dal XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Si tratta, in altri termini, dell’applicazione da parte della Corte Suprema della previsione del XIV Emendamento, secondo cui nessuno Stato può privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà “*without due process of law*”, in chiave non meramente procedurale ma sostanziale, secondo cui tale garanzia costituzionale andrebbe intesa in modo ampio, lasciando cioè alla Corte Suprema la possibilità offrire, tramite essa, fondamento a una gamma indefinita di diritti non espressamente codificati nel testo costituzionale¹⁰.

Le maggiori critiche mosse sul piano costituzionale contro tali pronunce avevano riguardato non tanto il loro impatto sociale quanto piuttosto l’aver delineato un rapporto tra giudice e legislatore fortemente sbilanciato a favore del primo. Le sentenze *Roe* e *Casey* hanno, infatti, da un lato spostato l’asse del bilanciamento costituzionale sul fronte del riconoscimento della prevalenza dell’interesse all’autodeterminazione della donna in merito alla sua salute riproduttiva tra il terzo e l’ultimo trimestre della gravidanza e, dall’altro, quale conseguenza della costituzionalizzazione del diritto di aborto, di fatto sottratto la questione dall’arena democratica.

Tra le voci più critiche nei confronti di questo segnalato spostamento dell’asse del bilanciamento costituzionale, avvenuto per effetto dell’applicazione della *substantive due process* anziché quale conseguenza del processo democratico, merita particolare attenzione quella di Antonin Scalia¹¹. La critica di Scalia non si pone sul

¹⁰ Sulla “*substantive due process*” si v. J. Green, *How Rights Went Wrong: Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston, 2021; M. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue*, New York, 1998; R. Bork, *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, New York, 1996. Come evidenziato da Luca Pietro Vanoni (Originalismo e Costituzione: una risposta, Lettere AIC, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it) «A seguito del New Deal, l’espansione del potere dei giudici ha assolto la funzione di inverare quella trasformazione informale della Costituzione che ha mutato la ripartizione liberale dei poteri. Il peso esercitato dalla Corte Suprema all’interno dell’ordinamento ha finito però per condizionare le modalità con cui il sistema stesso affronta i casi più decisivi; invece che provare a trovare soluzioni comuni all’interno di organi di rappresentanza, gli schieramenti politici hanno cinicamente utilizzato (e forse con la *strategic litigation*, abusato) il potere di *judicial review* per raggiungere i propri rispettivi obiettivi».

¹¹ Antonin Scalia è stato giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1986 al 2016. La *judicial philosophy* di Scalia e il contributo offerto sul fronte dei metodi interpretativi e delle opinioni costituzionali è stato ben ricostruito da G. Portonera, *Antonin Scalia*, Torino, 2022.

piano filosofico-morale, bensì su quello istituzionale della separazione dei poteri e della necessità di impedire il consolidamento dei poteri quale condizione essenziale per tutelare i diritti e garantire le libertà individuali.

La critica originalista a *Roe* e *Casey*, incentrata sul rifiuto dell'applicazione sostanzialistica della *due process clause* e, dunque, sulla possibilità di far legittimamente leva sull'interpretazione del testo costituzionale attribuendo alla Corte Suprema il potere di allargare il perimetro dei diritti costituzionalmente tutelati, è ben riassunta nella *dissenting opinion* di Scalia relativa al caso *Casey* nella quale egli, erigendosi a difensore dello spazio del confronto democratico contro gli effetti della *substantive due process*, ribadisce che «*gli Stati possono, se lo desiderano, permettere l'aborto su richiesta, senza che la Costituzione li obblighi a farlo. La liceità dell'aborto e le sue limitazioni devono essere risolte come ogni altra importante questione nel nostro sistema democratico: dai cittadini che cercano di persuadersi a vicenda e poi votano. [...]. Non è realistico ... pensare che una questione di questo tipo ... possa essere risolta rapidamente e definitivamente dalla Corte Suprema Al contrario, la Corte non fa che prolungare e intensificare il tormento, precludendo ogni espressione democratica alle profonde passioni che questa questione suscita, ossia bandendo la questione da quell'agone politico che dà a tutti i partecipanti, anche ai perdenti, la soddisfazione di essere ascoltati e di una sfida onesta, e continuando a imporre una rigida regola nazionale invece di permettere differenti regolazioni tra i singoli Stati*».

La critica originalista di Scalia a *Roe*, concentrandosi sul problema dell'interpretazione costituzionale, si sviluppa dunque attorno all'idea secondo cui il controllo giudiziale sulla legislazione sarebbe giustificato solo a patto di rimanere all'interno del testo costituzionale, risultando perciò illegittimo laddove, includendo valutazioni di moralità politica, invada l'ambito riservato al processo democratico. In questa prospettiva, il canone interpretativo originalista¹², come si

¹² L'approccio originalista circoscrive il ruolo del giudice suggerendo un preciso metodo interpretativo. Esso nasce come reazione agli indirizzi seguiti dalla Warren Court, ricollegando le proprie tesi a quelle di Hamilton contenute nel *Federalist Papers* n. 78, laddove richiamando il principio di separazione dei poteri e del potere giudiziario come potere "nullo" si afferma che il governo rappresentativo sarebbe sovvertito ove tale potere esercitasse la "volontà" anziché il "giudizio". Per una panoramica sulle diverse varianti di tale approccio e, in particolare, sulla

vedrà meglio in seguito, si pone come un metodo in grado di salvaguardare sia il principio democratico quanto quello garantista sulla base di una precisa linea di demarcazione tra autorità democratica e libertà individuale¹³.

Pur senza imporre alcun divieto – qualificando il tema dell’aborto come «un profondo dilemma morale su cui il popolo americano mantiene prospettive profondamente divergenti» e facendo proprie le preoccupazioni a suo tempo sollevate da Scalia in relazione ai confini tra giurisdizione e legislazione – nel caso *Dobbs* la Corte Suprema ha affermato che spetta ai cittadini di ciascuno Stato e non ai giudici il potere di scegliere se ammettere o proibire l’aborto, argomentando perciò in favore dell’*overruling* di *Roe* e *Casey* alla luce del canone interpretativo originalista. La Corte Suprema, ritenendo necessaria una ripermutazione della propria discrezionalità, ha così negato l’applicabilità al diritto di aborto della *substantive due process* in ragione dell’assenza di riferimenti espliciti nel testo costituzionale e della rilevata estraneità di tale controversa pratica alla storia del popolo americano e alle intenzioni originarie dei *framers*.

3. Il dibattito americano sull’interpretazione costituzionale e la sua influenza sul percorso argomentativo della sentenza *Dobbs*

Le origini del dibattito americano sull’interpretazione costituzionale risalgono alla decisione *Marbury v. Madison*¹⁴ nella quale la Corte Suprema si è attribuita il *judicial review*, ovvero il potere di sottoporre a revisione giudiziale gli atti del potere esecutivo e del Congresso ritenuti in contrasto con la Costituzione¹⁵.

distinzione tra *old originalism* e *new originalism* v. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Bologna, 2014, p. 178 ss.

¹³ R. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1991, p. 143.

¹⁴ *Marbury v. Madison*, 5 US 137, par. 1803. Per una ricostruzione storica v. C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, p. 3 ss.

¹⁵ Per una ricostruzione del dibattito statunitense tra “*legal constitutionalism*”, “*popular constitutionalism*” e “*political constitutionalism*” circa la compatibilità della *judicial supremacy* con il principio democratico v. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit., p. 258 ss.

Sebbene con un elevato grado di approssimazione¹⁶, giustificabile alla luce degli obiettivi perseguiti dal presente lavoro, è possibile ritenere che la principale distinzione rinvenibile nel dibattito americano in materia sia quella tra le tesi originaliste, per le quali i fattori guida dell'interpretazione costituzionale sarebbero il testo e la struttura della costituzione, nonché le intenzioni originarie dei *framers* al momento in cui essi hanno emanato la clausola normativa (secondo i diversi approcci dell'*original intent*¹⁷ e dell'*original public meaning*¹⁸); e quelle, all'opposto, ispirate alla diversa prospettiva del *living constitutionalism* (o *evolutionism*), per le quali assumerebbero rilevanza ai fini dell'interpretazione costituzionale anche i precedenti giudiziari e le conseguenze sociali, politiche ed economiche delle diverse opzioni interpretative¹⁹.

Al cuore dell'approccio interpretativo originalista si pone il problema dei rapporti tra giurisdizione e democrazia e, dunque, della separazione dei poteri²⁰. Tale approccio, nel vincolare il giudice alla ricerca del significato originario del testo, senza possibilità di invocare in sede interpretativa elementi extra-testuali o considerazioni politiche, etiche, sociali o economiche tali da alterarne il significato

¹⁶ Sul dibattito sulla legittimazione democratica della Corte Suprema deve necessariamente rinviarsi all'ampia ricostruzione proposta da C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., p.112 ss.

¹⁷ v. R.J. Bork, *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making*, *Judges' Journal*, vol. 26, n. 13, 1987; H.J.Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, 98, 1984, p. 885-948.

¹⁸ Per una difesa sul piano dell'autorevolezza morale di tale canone interpretativo v. J.J. Alicea, *The Moral Authority of Original Meaning*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 98, n. 1, 2022.

¹⁹ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010; v. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II. La costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 322; C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., p. 122.

²⁰ Come evidenziato da Pin con riferimento all'originalismo di Scalia, «la sua teoria dell'interpretazione mirava dunque innanzitutto a ripristinare un equilibrio tra i poteri, in particolare riconducendo l'alveo del potere giudiziario all'interno dei limiti previsti dalle norme positive. In questo senso, egli si contrappose quasi frontalmente alla logica dworkiniana del ragionamento per principi, intesa a lasciare margini di manovra al giudiziario. Egli ne contestava infatti l'imprevedibilità e l'arbitrarietà: con un gioco di parole, l'istanza stessa della *rule of law* era per Scalia che essa fosse una *law of rules*, un ordinamento basato su regole chiare, che i giudici non dovevano bilanciare, ma piuttosto applicare con metodi quasi meccanici (A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?*, in DPCE online, n. 1/2016, p. 8). Cfr. anche A. Scalia, *La mia concezione dei diritti*, intervista a cura di D. Tega, *Quad. cost.*, 2013, 670.

originario²¹, si caratterizza per il fatto di perimetrare la discrezionalità dell'interprete negando la possibilità che i giudici possano creare nuovi diritti o far venir meno diritti "in disuso". Secondo il canone interpretativo originalista, laddove ciò avvenisse, la Corte violerebbe infatti i limiti costituzionali posti alla giurisdizione, usurpando i diritti attribuiti dalla Costituzione al potere legislativo e al popolo sovrano²².

Pur prestandosi a talune critiche – alcune delle quali sfociate nella variante del *new originalism* che, contrariamente all'*old originalism*, riconosce l'esistenza di una *construction zone*²³ nell'ambito della quale il significato stabile del testo deve essere integrato da altre modalità di decisione costituzionale²⁴ – quello originalista si presenta come un canone interpretativo che, a differenza del *living constitutionalism* e in modo diametralmente opposto rispetto alla *moral reading dworkiniana* (pur non risultandone affatto immune come nel caso del *new originalism*²⁵), tanto nella forma del testualismo quanto dell'intenzionalismo, esprime un metodo di *judicial review* funzionale alla difesa del principio democratico che rinvia ad un rapporto tra

²¹ Una posizione meno rigida è quella del c.d. *living originalism* di Jack M. Balkin (*Living Originalism*, Cambridge, 2014). Secondo Balkin l'originalismo dovrebbe essere teso a ricercare l'*original meaning* delle disposizioni costituzionali senza però ridursi ad un'analisi dell'*original intent* dei framers.

²² v. R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2008.

²³ Il concetto è ben illustrato da K.E. Whittington (*Constructing a New American Constitution*, Constitutional Commentary, 2010, 563): «constitutional construction is one mechanism by which constitutional meaning is elaborated. It works alongside constitutional interpretation to elaborate the existing constitutional order. The process of constitutional construction is concerned with fleshing out constitutional principles, practices and rules that are not visible on the face of the constitutional text and that are not readily implicit in the terms of the constitution» (p. 120). La *construction zone* interviene perciò «when the Constitution as written cannot in good faith be said to provide a determinate answer to a given question. This is the realm of construction. The process of interpretation may be able to constrain the available readings of the text and limit the permissible set of political options, but the interpreter may not be able to say that the text demands a specific result. Further judgments, further choices, about how to proceed within those bounds are made through the process of construction. Constitutional meaning is no longer discovered at that point. It is built» (p. 120-121).

²⁴ Cfr. R.W. Bennett, *Originalism and the Living Constitutionalism*, in L.B. Solum, R.W. Bennett, *Constitutional Originalism. A debate*, Ithaca-London, 2011, p. 78-142; L.B. Solum, *We Are All Originalists Now*, ibidem, p. 1-77; v. anche K.E. Whittington, *The New Originalism*, in *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, v. 2, 2004, p. 611-612; J. Goldworthy, *Originalism in Constitutional Interpretation*, in *Federal Law Review*, 1, 1997, p. 1-50.

²⁵ K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999, p. 5 ss.

costituzione e democrazia ispirato al modello della “costituzione-custode”²⁶, laddove il testo della costituzione e l'*original public meaning* si pongono come limite esterno tanto della giurisdizione quanto della stessa democrazia.

Alternativo rispetto all'*originalism* è, come appena rilevato, l'approccio all'interpretazione costituzionale seguito dal *living constitutionalism* secondo cui, in presenza di una disposizione costituzionale vaga o oscura, il giudice dovrebbe fare riferimento ad elementi che si ispirano (anche) a criteri di valutazione extralegislativi e che risultano aperti a orientamenti e valori che la dinamica sociale contribuisce a produrre²⁷, dando luogo a giudizi sulle leggi che hanno inevitabilmente un carattere etico-politico²⁸. Contrariamente a quanto evidenziato in relazione all'*originalism*, tale approccio rinvia perciò al modello della «costituzione-seme»²⁹ in forza del quale i principi costituzionali sono intesi quali «ragioni seminali che devono essere sviluppate sulla base anche dei contesti sociali e delle circostanze storiche»³⁰ e, pertanto, al giudice costituzionale è attribuita una più ampia discrezionalità, aperta a valutazioni di carattere etico-politico, declinabili a loro volta a seconda dell'ideologia liberaldemocratica prevalente.

Tornando ora alla sentenza *Dobbs* e al suo sviluppo argomentativo, il caso sottoposto allo scrutinio della Corte Suprema riguardava la legittimità costituzionale del *Gestational Age Act* (MS Code, par. 41-41-191, 2019) dello Stato del Mississippi che stabilisce il divieto di ricorrere all'aborto oltre la quindicesima settimana di gestazione, salvo che per gravi casi di emergenza medica o anomalia

²⁶ Con riferimento al rapporto tra costituzionalismo e democrazia v. F. Viola, *Forme di costituzionalismo e democrazia*, in Scritti in onore di Franco Modugno, Napoli, 2011, p. 3596. Nel modello della costituzione-custode, «tra una costituzione che svolge le funzioni del custode e i processi della scelta democratica, che sono da essa controllati, non v'è altro che un rapporto esterno, o più esattamente estrinseco. Le procedure democratiche hanno piena libertà di scelta, ma entro una cornice di rispetto di diritti e di principi costituzionali già prestabiliti in forma compiuta». Poiché in questo modello le norme costituzionali sono intese come già determinate e compiute, il giudice costituzionale risulta vincolata ad un'interpretazione più aderente al testo costituzionale.

²⁷ G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974; E. Paresce, *Interpretazione (filosofia del Diritto e teoria generale)*, in Enc. Dir., XXII, Milano, 1972, p. 215 ss.

²⁸ F. Viola, *cit.*, p. 3598.

²⁹ *Ivi*, p. 3597.

³⁰ *Ibidem*.

fetale. Tale normativa statale risultava infatti più restrittiva rispetto ai criteri indicati da *Roe* e *Casey*.

Il punto nevralgico della sentenza *Dobbs*, così come evidenziato nell'opinione del giudice Alito e, pur con qualche variante, nelle tre *concurring opinions* (dei giudici Thomas, Kavanaugh e Roberts), è rappresentato dall'argomento secondo cui i precedenti *Roe* e *Casey* avrebbero di fatto privato³¹, in assenza di valide giustificazioni sul piano costituzionale, i cittadini degli Stati del potere di disciplinare l'aborto. Ciò, come si è già rilevato, in ragione dell'illegittima applicazione al diritto di aborto della *substantive due process* e, dunque, del riconoscimento del suo fondamento costituzionale nell'ambito del XIV Emendamento. Illegittimità che, secondo la Corte, deriverebbe sia dalla riscontrata impossibilità di ritenere il diritto di aborto profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni degli Stati Uniti; sia dalla concorrente impossibilità di collocare il diritto di aborto come radicato nel più ampio quadro del diritto all'autodeterminazione sulla base della constatazione secondo cui a differenza di altri diritti riconosciuti dalla Corte in forza della *substantive due process*, nel caso dell'aborto, alla luce del potenziale sacrificio di una «*potential life*», il suo riconoscimento costituzionale implicherebbe la necessità di operare in sede giurisdizionale (anziché nell'arena democratica) un previo bilanciamento tra interessi in conflitto tale da intaccare, fino a minacciarne la stessa esistenza, i diritti dei terzi e, nel caso di specie, la vita di un essere umano.

Le argomentazioni poc'anzi riportate permettono senz'altro di ascrivere al filone del *living constitutionalism* le sentenze *Roe* e *Casey* e a quello dell'originalismo la sentenza *Dobbs*, dovendosi altresì rilevare come tali pronunce – e lo stesso dibattito svoltosi in seno alla Corte Suprema – esprimano in modo esemplare la crescente tensione tra i diversi modi di intendere il rapporto tra costituzionalismo e democrazia e, dunque, la contrapposizione tra *judicial restraint* e *judicial activism*, tra legislatore e giudice costituzionale in ordine all'individuazione del titolare del

³¹ Il termine utilizzato è «arrogated», intendendosi con tale espressione «take without justification, implying that is done in an arrogant way».

potere di bilanciare gli interessi in conflitto, tra *originalism* e *living constitutionalism* con riferimento all'interpretazione costituzionale.

La pronuncia in commento, coerentemente con l'angolo visuale che si è scelto di adottare nel presente lavoro, pare perciò contribuire in modo significativo al dibattito in ordine alla definizione dei confini tra la funzione legislativa attribuita agli Stati e la funzione di controllo della Corte Suprema in ordine al potere di bilanciare diritti e interessi potenzialmente in conflitto. La soluzione proposta da *Dobbs* si sviluppa, infatti, nel duplice senso di attribuire al legislatore e non alla giurisdizione il compito di operare il bilanciamento degli interessi in gioco e, con specifico riferimento alla questione dell'aborto, alla luce della ripermutazione operata dalla Corte dello spazio di libertà all'interno del quale alla donna è rimessa la possibilità di compiere scelte riproduttive al di fuori del controllo dell'autorità statale, nel senso di escludere in radice con riferimento al caso di specie la possibilità di bilanciamento in sede giurisdizionale³².

Dobbs, come è stato opportunamente evidenziato³³, esprime però anche una diversa concezione della neutralità della Costituzione laddove, sottolineando come spetti solo al popolo e ai suoi rappresentanti, nell'ambito dei processi democratici, disciplinare il diritto di aborto sembrerebbe finire per «ridurre al minimo la tradizionale funzione contro-maggioritaria del controllo di costituzionalità, da un lato, e per ricondurre le garanzie dell'autonomia della persona davanti all'azione del potere in modo pressoché esclusivo ai meccanismi tipici del circuito democratico-rappresentativo, dall'altro».

Un simile approccio, se permette da un lato di restituire centralità al momento democratico rispetto a questioni di particolare rilevanza nel dibattito pubblico, dall'altro presta però il fianco a obiezioni di segno opposto rispetto a quelle che la Corte Suprema intendeva superare. In questo senso, *Dobbs* non si rivela perciò in grado di esprimere compiutamente un punto di equilibrio tra democrazia e costituzione, laddove ogni questione non direttamente risolvibile in sede

³² *Dissenting opinion*, n. 52

³³ 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*, cit., p. 5.

giurisdizionale ricorrendo al canone interpretativo originalista finisce per essere rimessa all'intervento eteronomo dei pubblici poteri e, dunque, convertita in questione politica rimessa, attraverso il filtro dei processi democratici, alla piena disponibilità del potere politico.

Il punto di debolezza poc'anzi sollevato, alla luce delle possibili distorsioni dei processi democratici dovute all'azione delle lobbies, all'influenza dei media e delle *fake news* sull'opinione pubblica e all'impatto sulle dinamiche democratiche delle nuove tecnologie³⁴, rende perciò lecito sollevare più di qualche perplessità in ordine all'effettiva capacità delle argomentazioni utilizzate dalla Corte Suprema di restituire davvero al popolo americano, con riferimento alla questione dell'aborto, la titolarità del potere di bilanciamento tra interessi in conflitto. La sentenza in commento, rimettendo la questione sul terreno del confronto democratico, sembra infatti segnare un punto a favore delle posizioni "pro-life" senza però essere in grado di prospettare una modalità di deliberazione realmente capace di integrare, con riferimento alle questioni eticamente controverse, la *rule of the people* con la *rule of law*. Da questo punto di vista si può ritenere che la sentenza abbia avuto il merito di riaccendere la disputa tra *constitutional adjudication* dei diritti e processi decisionali democratici, senza però segnare un passo in avanti sul terreno del costituzionalismo deliberativo³⁵.

4. Il dibattito tra i costituzionalisti italiani: alcuni spunti sul nesso tra giustizia costituzionale e processi decisionali pubblici

La sentenza Dobbs ha suscitato diverse reazioni, alcune delle quali fortemente critiche proprio nei confronti della scelta operata dalla Corte Suprema di rimettere la questione dell'aborto sul terreno dell'arena democratica. In questo senso, in

³⁴ Cfr. D. Palano, *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, 2020; M. Barberis, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020.

³⁵ Secondo Michelman (*La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, 2004, Bari) l'attività interpretativa che guida il *judicial review* dovrebbe inserirsi nel circuito della comunicazione democratica, contribuendo a rendere concreti, effettivi e operativi, i valori democratici e le garanzie costituzionali, facendo in modo che gli standard sostanziali offerti dal testo costituzionale siano in grado di guidare e orientare il dibattito pubblico, lasciando spazio alla loro interpretazione e specificazione con riferimento ai casi concreti.

termini particolarmente duri, si è espressa Laura Ronchetti, secondo la quale «con la *Dobbs* si dimostra di disconoscere una certa idea di Costituzione, quella che pone limiti al potere politico e ai suoi rappresentanti per quanto democraticamente eletti: i diritti costituzionali servono proprio per evitare che maggioranze al potere, più o meno temporaneamente, possano usare il potere contro parte della popolazione. In questo caso è chiaro contro chi: non contro una minoranza ma proprio quella maggioranza della popolazione che ha la capacità di mettere al mondo le persone, ma tra queste, con la lucidità che solo un approccio intersezionale può dare, in particolare le giovani, razzializzate e povere»³⁶. Giungendo perciò a suggerire «un'alleanza tra pensiero femminista e costituzionalismo democratico che affidi alla Costituzione proprio il compito di sottrarre al potere quote di autonomia personale».

La critica di Ronchetti centra, a parere di chi scrive, il punto poc'anzi evidenziato della sostanziale neutralizzazione della funzione contro-maggioritaria del controllo di costituzionalità operata dalla sentenza *Dobbs*³⁷. Essa, tuttavia, tralascia di considerare come, seguendo l'iter argomentativo della Corte, a tale risultato si perverrebbe però proprio in ragione del preventivo disconoscimento – sulla base dell'applicazione del canone interpretativo originalista – della rilevanza costituzionale del diritto di aborto, ritenuto non coerente con lo schema di una libertà ordinata.

³⁶ L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne ...*, cit., p. 49.

³⁷ Con l'espressione "dificoltà contro-maggioritaria" della giustizia costituzionale si allude al fatto che le scelte legislative adottate dalla maggioranza all'esito dei processi democratici sono sottoposte ad un sindacato giurisdizionale (*judicial review*) operato da giudici non elettivi sulla base di parametri costituzionali che presentano problemi interpretativi (come avviene nel caso dell'interpretazione dei diritti fondamentali) ovvero che risultano solo indirettamente desumibili dal testo costituzionale (come avviene con riferimento al c.d. diritto costituzionale vivente). Pertanto, le decisioni della maggioranza dei giudici potrebbero contrapporsi alle decisioni della maggioranza dei rappresentanti eletti dal popolo. Ciò detto però, la critica di Ronchetti non pare però cogliere nel segno con riferimento a *Dobbs* in quanto, riprendendo le parole di E. Chessa (*I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit.), «il *judicial review* correttamente inteso non ha propriamente valenza contro-maggioritaria, ma ha una funzione servente rispetto a esigenze interne al processo democratico, in particolare la corretta operatività della regola della maggioranza e la garanzia delle sue condizioni di validità» (p. 347).

Il cuore della questione, pertanto, non sembra essere il disconoscimento da parte della Corte Suprema dell'idea di Costituzione come limite del potere politico quanto, piuttosto, quello dell'esistenza di altrettanti limiti al potere creativo dei giudici e, dunque, dei confini della *constitutional adjudication* dei diritti e dell'individuazione del terreno sul quale operare il bilanciamento tra valori confliggenti. Non può pertanto che condividersi l'opinione di chi ha evidenziato come Dobbs «esprime in modo paradigmatico la crescente tensione dottrinale tra i diversi “poli” del costituzionalismo contemporaneo. Non è un caso, infatti, che tanto l'*opinion of the Court* quanto la *dissenting opinion* utilizzano in parallelo alcuni dei più tradizionali e consolidati *topoi* costituzionalistici, per offrirne interpretazioni irriducibilmente dicotomiche e inconciliabili»³⁸.

A fronte dell'ampiezza dei temi posti in discussione dalla sentenza in commento, non deve perciò stupire il fatto che, a partire dall'intervento di Corrado Caruso³⁹ sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, intorno a Dobbs e al problema dell'interpretazione costituzionale si sia sviluppato un ampio dibattito tra i costituzionalisti italiani in grado di offrire spunti di grande interesse sul piano della teoria costituzionale.

L'intervento di Caruso critica la sentenza Dobbs facendo proprie alcune delle tradizionali obiezioni mosse contro l'originalismo⁴⁰, tra cui in particolare il ricorso al canone dell'*original intent* alla luce del significato delle disposizioni costituzionali al tempo della loro adozione. Secondo Caruso, il ricorso all'argomento originalista in Dobbs – diversamente da quanto affermato nella sentenza in ordine alla necessità di restituire in tema di aborto la parola al popolo americano – testimonierebbe in realtà un rinnovato *judicial activism* della Corte Suprema funzionale «alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore» rispetto al quale «l'originalismo diviene così strumento di una precisa politica costituzionale, realizzata da giudici che coltivano prospettive di egemonia sulla

³⁸ 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*, cit., p. 1.

³⁹ C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, cit.

⁴⁰ Cfr. K.E. Whittington, *Originalism: A Critical Introduction*, *Fordham L. Rev.*, vol. 82, n. 2, 2013, p. 375-409.

società». Ciò in quanto l'originalismo condurrebbe ad una pietrificazione *ex auctoritate* del senso della Costituzione, pregiudicandone «la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, [...] la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale».

Tale posizione, prestando il fianco ad una lettura (forse) eccessivamente "politica" della sentenza *Dobbs*, non sembra però cogliere il punto centrale della questione che – contrariamente a quanto sostenuto da Caruso – sembra essere quello del corretto rapporto tra giurisdizione e legislazione nel contesto della democrazia costituzionale. Come evidenziato da Luca Pietro Vanoni, infatti, «i casi *Roe* e *Casey* hanno di fatto prodotto una lacerazione del tessuto democratico-costituzionale non solo in forza di ciò che si è deciso, ma anche per come lo si è fatto (Baraggia). Ciò costringe l'interprete a volgere lo sguardo sulla modalità con cui i sistemi costituzionali, ognuno nella sua particolare modalità storica, inverano e realizzano lo scopo delle Costituzioni, che devono certamente "durare per unire" (Caruso) ma sono anche "*made for people of fundamentally differing views*" (Holmes). In altri termini, soprattutto quando in gioco ci sono tematiche divisive, occorre riflettere sul come decidere, ma anche su chi sia legittimato a farlo (Zanon)»⁴¹.

Adottando – conformemente alla tesi di Nicolò Zanon⁴² – l'angolo visuale dei processi decisionali pubblici, si comprende allora come, al di là della soluzione

⁴¹ L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.

⁴² Rileva Zanon: «non è vero – come invece molti hanno inteso – che la decisione della Corte in *Dobbs* ha posto l'aborto fuori legge. Essa ha "solo" restituito la decisione ai rappresentanti eletti dai singoli Stati. Attraverso il "processo democratico", le rappresentanze degli Stati potranno consentirlo o limitarlo, secondo scelte di bilanciamento tra interessi che appartengono tipicamente (bisognerà tornare subito sul punto) alla valutazione politica» (N. Zanon, *La costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.). Nel senso di ritenere che la sentenza, nell'ampliare gli spazi del processo democratico, abbia anche prodotto effetti sul futuro bilanciamento che la Corte Suprema potrebbe essere chiamata a compiere con riferimento alle singole normative statali v. S. Penasa (*People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? ...*, cit., p. 9) secondo il quale «pur escludendo un'attuazione automaticamente proibizionistica (cfr. la *concurring opinion* di J. Kavanaugh), l'abbattimento degli argini alla discrezionalità politica eretti in materia attraverso l'attribuzione di natura costituzionale al *right to abortion* (la *dissenting* parla di "scudo" contro la volontà della maggioranza, 32) può innescare legislazioni statali che, in forza della volontà della maggioranza politica, facciano prevalere l'interesse dello Stato alla tutela della vita fetale sull'interesse della donna al controllo sul proprio corpo e sul proprio percorso esistenziale, non più garantito a livello costituzionale (*dissenting*, 12). Di fronte a una legislazione statale che proibisca in modo assoluto l'accesso all'*abortion*, la Corte Suprema potrà

concretamente adottata dalla Corte Suprema del caso *Dobbs*, l'approccio originalista sul terreno dell'equilibrio tra poteri rappresenti in realtà un contributo importante verso una rinnovata consapevolezza in ordine al rapporto circolare che lega democrazia e costituzione e, sul fronte dell'interpretazione costituzionale, la dimensione argomentativa a quella meramente interpretativa della Costituzione.

È a questa prospettiva a cui sembra alludere la tesi di Zanon. Pur condividendo le perplessità di Omar Chessa⁴³ con riferimento all'applicabilità di un approccio "neutrale" (e, dunque, "preceduralista") con riferimento alla Costituzione italiana, essendo quest'ultima caratterizzata dalla presenza di principi fondamentali chiamati a orientarne l'interpretazione e, nello stesso tempo, a limitarla⁴⁴, la vicenda giurisprudenziale relativa al caso *Dobbs* ha infatti il merito di porre in luce come ci sarebbero in realtà questioni di moralità pubblica rispetto alle quali l'interpretazione costituzionale non avrebbe titolo per arrogare a sé il compito di dirimerle, dovendo queste ultime essere necessariamente rimesse al processo politico democratico-rappresentativo.

Sarebbe allora proprio il principio della sovranità popolare a porre, nell'approccio originalista, un limite invalicabile nei confronti dell'interpretazione costituzionale e del ruolo creativo del giudice costituzionale specularmente a come, seguendo i principi del costituzionalismo liberale, anche l'esercizio del potere politico e la stessa sovranità popolare dovrebbe necessariamente trovare un limite invalicabile in presenza di diritti naturali per loro natura indisponibili alla maggioranza⁴⁵.

svolgere a partire da *Dobbs* uno scrutinio meramente debole, avendo la degradazione del diritto a mero interesse comportato il corrispondente indebolimento dello standard applicabile (dall'*undue burden* al *rational basis test*)».

⁴³ O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, Lettere AIC, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁴ Così Q. Camerlengo, *Originalismo e "Living Constitutionalism", tra domanda di Costituzione e principi supremi*, Lettere AIC, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁵ Come rilevato da Chiara Bologna (*Il caso Dobbs e la terza «via»*, Lettere AIC, 2022 www.associazionedeicostituzionalisti.it) «se il costituzionalismo europeo (continentale) è inesorabilmente plasmato dall'idea kelseniana secondo cui "ogni conflitto che venga qualificato come conflitto di interessi, di potere o politico può essere deciso come controversia giuridica", la cultura costituzionale statunitense considera centrale, fin dalle sue origini il *Wet h People* e non può non interrogarsi, come fa anche la dottrina favorevole alla *Living Constitution*, sui limiti che il *judicial review* deve avere per rispettare il principio democratico».

L'irrinunciabilità di un approccio per così dire binario alla questione dei limiti tanto del potere giurisdizionale quanto di quello politico, pare coerente con il profetico ammonimento di Giovanni Bognetti il quale, pur ritenendo verosimile la previsione di una tendenziale estensione della liberalizzazione dell'aborto attraverso la sua progressiva costituzionalizzazione negli ordinamenti giuridici contemporanei, avvertiva nello stesso tempo sulla possibilità che, alla luce della segnalata contrapposizione tra le diverse ideologie della formula liberaldemocratica, possano comunque realizzarsi, a seconda delle diverse circostanze storiche, fenomeni di segno opposto riscontrabili ad esempio in «eventuali tentativi dello Stato di rendere addirittura obbligatori gli aborti qualora ciò convenisse alle politiche demografiche della collettività: ipotesi, quest'ultima, da non scartare come una del tutto irrealistica possibilità in seno a paesi in cui prevalessero morali secolarizzate d'impronta "collettivistica" e in cui preoccupazioni eugeniche o di drastico contenimento delle nascite finissero per divenire soverchianti e ossessive»⁴⁶.

Sulla scorta di tale consapevolezza, il richiamo di Chessa alle posizioni dell'originalismo moderato sembra allora cogliere nel segno, fornendo utili spunti in ordine al possibile superamento della contrapposizione tra *originalism* e *living constitutionalism* in funzione – nella prospettiva che si intende auspicare e su cui ci si tornerà tra poco – di un modello di democrazia deliberativa⁴⁷. Secondo Chessa, il canone originalista, nel porre questioni di primaria importanza rispetto al non trascurabile problema del rapporto tra giurisdizione e democrazia, dovrebbe essere «declinato in forma, appunto, "moderata", perché non può risolvere tutti i problemi interpretativi» e perché, d'altro canto, il ricorso al modello

⁴⁶ G. Bognetti, *Aborto (voce)*, cit.

⁴⁷ V. R. Bifulco, *Democrazia deliberativa*, in Enc. Dir., Annali, IV, 2011, p. 274. Secondo Bifulco, la democrazia deliberativa tende a «governare i nodi istituzionali della complessità». Essa include «collective decision making with the participation of all who will be affected by the decision [...] this is the democratic part» e «decision making by means of arguments offered by and to participants who are committed to the values of rationality and impartiality [...] this is the deliberative part» (J. Elster, *Introduction*, in J. Elster (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998, p. 8). Cfr. anche J. Bohman, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n. 4, 1998, p. 400–425; L. Pellizzoni (a cura di), *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005.

“proceduralista”⁴⁸ della costituzione neutrale, a cui lo stesso Zanon allude richiamando la *concurrent opinion* del giudice Kavanaugh, non sarebbe comunque in grado di fornire risposte soddisfacenti in quanto lascia «irrisolte sul piano del diritto costituzionale la gran parte delle questioni delicate decise dalle corti dacché la giustizia costituzionale è nata»⁴⁹.

In presenza di tali limiti, almeno in parte riscontrabili anche in *Dobbs*, l’originalismo moderato – senza giungere a negare, come fanno invece i suoi detrattori, l’importanza dell’equilibrio tra potere giurisdizionale e potere legislativo – avrebbe invece il merito di raggiungere comunque l’obiettivo di circoscrivere «il terreno di gioco che è obiettivamente comune a tutte le forze e agli attori costituzionali in campo»⁵⁰, riconoscendo perciò alla stessa giustizia costituzionale di «essere parte di un medesimo progetto costituzionale che vincola tutti allo stesso modo»⁵¹, riconoscendo a quest’ultima il compito – che sembrerebbe invece sconosciuto in *Dobbs* – di essere pienamente parte dei processi deliberativi della politica nazionale. Un ruolo quest’ultimo che, anziché risultare conflittuale rispetto alle dinamiche democratiche, le Corti costituzionali sono chiamate a svolgere, per dirla come Balkin⁵², in termini più cooperativi che competitivi.

Il compito della giustizia costituzionale, specie in presenza di casi difficili e controversi come quello deciso dalla *Dobbs*, richiamando la tesi di Ely⁵³, dovrebbe perciò essere non solo quello di assicurare protezione alle minoranze politiche del momento, bensì di lasciare «aperti i canali della partecipazione e della

⁴⁸ Il modello proceduralista è riferibile alle tesi di H. Kelsen secondo cui, poiché la Costituzione dovrebbe essere intesa esclusivamente come disciplina del procedimento legislativo, sarebbe allora preferibile estromettere dal sindacato giurisdizionale di costituzionalità le disposizioni sui diritti fondamentali (*La dottrina pura del diritto*, p. 254), risolvendo così il problema posto dalla funzione contromaggioritaria della giustizia costituzionale nel contesto democratico. Cfr. anche J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge-London, 1980. Il quale, superando le tesi di Kelsen, ritiene invece che il judicial review possa ritenersi non in conflitto con il processo democratico laddove la garanzia dei diritti fondamentali fosse incorporata nel processo decisionale democratico come garanzia procedurale di quest’ultimo, sulla base di un’interpretazione dei diritti fondamentali “*process-oriented*”.

⁴⁹ O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, cit.

⁵⁰ O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, cit., p. 348.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. J.M. Balkin, *Living Originalism*, cit.

⁵³ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit.

comunicazione politica», tenendo conto del fatto che la formula dell'uguaglianza politica contempla senz'altro l'aggregazione delle preferenze individuali secondo il principio maggioritario ma anche il vincolo del rispetto delle minoranze⁵⁴. Ciò in quanto è proprio nella delicata relazione che si instaura tra principio maggioritario e garanzie dei diritti fondamentali che si esprimerebbe un'autentica democrazia⁵⁵.

5. Riflessioni conclusive: i confini della giurisdizione e i necessari limiti alla discrezionalità politica nella circolarità tra democrazia e costituzione

I diversi punti di vista emersi nel dibattito tra i costituzionalisti italiani permettono di avanzare qualche riflessione conclusiva in merito al tema da cui siamo partiti e, in particolare, sul nesso tra giustizia costituzionale e processi democratici. È infatti proprio intorno a tale nesso e alla soluzione concretamente adottata dalla Corte Suprema che si è inteso maggiormente indugiare nell'analisi della sentenza *Dobbs*. La decisione, come si è ampiamente detto, non impone alcuna nuova restrizione costituzionale all'interruzione di gravidanza. Eventuali restrizioni, se dovessero essere adottate, saranno semmai il frutto di scelte legislative dei singoli Stati che, trattandosi di ordinamenti democratici, dovranno pur sempre incontrare il consenso popolare secondo le regole proprie dei processi decisionali di ciascun ordinamento. Nel negare che l'interruzione di gravidanza rientri tra i diritti costituzionali fondamentali quale derivazione in termini sostanziali del *right to privacy* tutelato dal XIV Emendamento, la Corte Suprema – salvo che per il

⁵⁴ F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, cit.

⁵⁵ Così, richiamando l'impostazione teorica della "democrazia sostanziale" di Luigi Ferrajoli (*Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, p. 9 ss.), F.G. Angelini, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare*, Napoli, 2020, p. 260. In tale sede si è già rilevato come «l'indebolimento dei presupposti filosofici che sono alla base dell'ideale democratico dell'autogoverno o governo del popolo, finisce così per implicare l'accettazione di un'idea di sovranità popolare secondo cui la democrazia coincide con la regola della maggioranza e la volontà popolare con un potere governante abilitato ad agire senza freni. Una siffatta concezione della democrazia è, tuttavia, inaccettabile poiché deve fare i conti con l'esistenza di diritti per loro natura indisponibili come lo sono i diritti fondamentali della persona, chiamati a svolgere il ruolo di limite del potere governante, la cui effettività costituisce una parte essenziale (sebbene spesso in ombra rispetto al suffragio elettorale) della sovranità popolare» (p. 259-206). Cfr. J. Habermas, *Sovranità popolare come procedura. Un concetto normativo di sfera pubblica*, in J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, p. 81-103.

riferimento al sistema delle libertà ordinate a cui fa accenno l'*opinion* di Alito, senza tuttavia sviluppare l'argomento – si è astenuta dall'esprimere una precisa posizione morale contro l'aborto, così come non ha nemmeno disconosciuto la possibilità che, per ragioni politiche, esso possa essere riconosciuto come diritto (e finanche come obbligo?) e, come tale, regolamentato dai singoli legislatori statali. Con questa decisione, prendendo le distanze dai precedenti *Roe* e *Casey*, la Corte si è infatti limitata ad affermare come non spetti al giudice bensì al popolo americano dirimere una questione così profonda e divisiva sul piano morale.

A parere di chi scrive, *Dobbs* andrebbe perciò letta in chiaroscuro, evidenziandone le luci e le ombre. Un po' provocatoriamente si potrebbe dire che si tratta del trionfo della sovranità popolare e della democrazia sulla giurisdizione, della riaffermazione del fatto che, nelle nostre democrazie liberali, spetta ai processi politico-legislativi e alla società nell'ambito di quei processi di riconoscimento che le sono propri, definire il corretto bilanciamento tra posizioni giuridiche antitetiche quali sono, nel caso dell'aborto, l'interesse alla tutela della vita del nascituro e il diritto di autodeterminazione della donna.

Su questo fronte la decisione non sembra affatto rappresentare un passo indietro, quanto piuttosto una riaffermazione – e per alcuni, una presa di coscienza – dell'esistenza di limiti alla *constitutional adjudication* e, dunque, dell'esigenza di un ripensamento delle modalità attraverso cui le democrazie costituzionali sono chiamate a dirimere i conflitti tra valori e visioni morali divergenti.

Nello stesso tempo però *Dobbs* non si rivela in grado di esprimere compiutamente un punto di equilibrio tra democrazia e costituzione, laddove ogni questione non direttamente risolvibile in sede giurisdizionale ricorrendo al canone interpretativo originalista finisce per essere rimessa all'intervento eteronomo dei pubblici poteri e, dunque, convertita in questione politica rimessa, attraverso il filtro dei processi democratici, alla piena disponibilità del potere politico. Un potere quest'ultimo che però, a sua volta, a meno di non incorrere in una visione riduttiva della sovranità popolare, non può non incontrare limiti nel contesto di una democrazia costituzionale rispettosa dei diritti fondamentali della persona.

Il potenziale conflitto tra democrazia e costituzione pare perciò tutt'altro che risolto dalla sentenza *Dobbs*. Come si è avuto modo di rilevare, limitandosi a negare ogni rilevanza costituzionale alla questione dell'aborto sulla base dell'applicazione del canone interpretativo originalista e, dunque, semplicemente riportando il problema della legittimazione giuridica del diritto di aborto sul terreno del confronto democratico, la Corte Suprema non sembra fare significativi passi avanti sul terreno del costituzionalismo deliberativo e, dunque, nella direzione della necessaria circolarità tra democrazia e costituzione.

Una testimonianza in tal senso è offerta dal fatto che lo stesso argomento proposto dalla Corte Suprema concernente la mancata rispondenza del diritto di aborto allo schema di una ordinata libertà non viene in realtà sviluppato da quest'ultima in funzione della ricerca di una interpretazione costituzionale in grado di dare ragione della necessità di contemperare il riconoscimento di diritti eticamente controversi con l'esigenza preservare quella comunanza di valori fondamentali che caratterizza la democrazia costituzionale, quanto piuttosto al fine di negare che tale diritto possa rispondere alle originarie intenzioni dei padri costituenti. Rinunciando così a collocare l'interpretazione della Costituzione in quella *construction zone* all'interno della quale l'attività ermeneutica assume una dimensione perlopiù argomentativa, capace cioè di collegare il rapporto tra diritto e morale a quello tra politica e morale⁵⁶.

Innescando una reazione di segno opposto non dissimile rispetto a quella a suo tempo provocata dalla sentenza *Roe*, la sentenza *Dobbs* sembra dunque dare ragione alle preoccupazioni sollevate da Zanon secondo cui il punto cruciale della contrapposizione tra legislazione e giurisdizione starebbe nel fatto che «le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono internamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a “ordinare” e a ricondurre ad unità [...] In questa prospettiva, il

⁵⁶ Cfr. F. Viola, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, n. 11/2003, p. 33-71.

diritto e le sentenze, anziché fornire prestazioni di unità, anziché pacificare i conflitti, possono diventare, essi stessi, fonti di conflitto»⁵⁷.

Per tale ragione, specie in realtà multiculturali e pluralistiche come quelle che fanno da sfondo alle nostre democrazie, nelle quali la comunanza di valori fondamentali e l'esistenza stessa di un ordine sociale delle libertà non può più essere intesa come presupposta o già costituita, occorre evitare che la Costituzione diventi «la sede in cui gli individui e i gruppi decontestualizzati traggono la legittimità delle loro contrastanti pretese», riducendo quest'ultima ad una mera elencazione di pretese universalistiche individuali.

Un'interpretazione costituzionale basata sulla ragionevolezza pratica può invece rappresentare il terreno su cui costruire la base dell'unità dell'ordinamento giuridico, promuovendo un approccio deliberativo nella risoluzione delle questioni eticamente più controverse, cogliendo le condivisibili preoccupazioni alla base del metodo originalista in ordine ai limiti del potere giurisdizionale e però, nello stesso tempo, l'esigenza di attribuire alle Corti costituzionali il fondamentale compito di cooperare con il processo democratico, lasciando «aperti i canali della partecipazione e della comunicazione politica» sulla base della consapevolezza che la «theory of original meaning is not perfect. For one thing, it cannot forestall all problems of disagreement among the ratifying public. In some cases, and on some questions, there will simply be no single original public meaning that we can treat as binding today. In those cases, the best we can do is offer a theory that allows us to stipulate to an original public meaning; or we can move directly to constitutional construction. We should accept this lesson with grace and humility. And we should remember-with openness and even with delight-that the past always contains the ability to surprise us, and reveal that what we thought was natural and obvious is far more complicated and interesting than we had ever imagined»⁵⁸.

⁵⁷ N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, Rivista AIC, n. 4/2017, p. 12.

⁵⁸ J.M. Balkin, *The Construction of Original Public Meaning*, Constitutional Commentary, 26, 2016, <http://scholarship.law.umn.edu/concomm/2>