



La Rivista / Quaderno n° 6
Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Marta AURINO – Alessandro DE NICOLA –
Maria Chiara GIRARDI – Laura RESTUCCIA – Pietro VILLASCHI**

**Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo:
questioni attuali e prospettive future**

Atti del Seminario di diritto comparato – 16 marzo 2023

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

S. Benvenuti – R. Cabazzi – D. Caccioppo – M. Caldironi – D. Camoni – M. Carniama – E. Cavasino – A. Chiappetta – I. Ciolli – I. De Cesare – M. D’Amico – V. Di Capua – J. Ferracuti – S. Filippi – G. Formici – A. Formisano – E. Gabriele – G. Galustian – P. Gambatesa – I. Giugni – I. Gómez Fernández – K. Goni – A. González Moro – F.E. Grisostolo – F. La Placa – B. Liberali – A. Lo Calzo – L. Madau – L. Mariantoni – M. Millon – R. Niro – C. Padrin – L. Pace – G. Repetto – A. Riccioli – Giu. Serges – F. Severa – E. Skrebo – S. Sydoryk – L. Tregou-Delvescovo – J. Vachey – L.P. Vanoni – G. Vasino – G. Verrigno – P. Villaschi – D. Zecca.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2023/3 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 16 marzo 2023 su "Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di dicembre 2023

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2023-2025, **Direttore responsabile:** Massimo Siclari (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

Comitato di Direzione: Andrea Cardone – Referente responsabile per la Rivista (*Università degli Studi di Firenze*), Tanja Cerruti (*Università degli Studi di Torino*), Nannerel Fiano (*Università degli Studi di Milano*), Nicola Pignatelli (*Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*), Alessio Rauti (*Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria*), Michela Troisi (*Università degli Studi di Napoli Federico II*).

Comitato di Redazione: COORDINAMENTO TRA LE SEZIONI: Antonello Lo Calzo – Coordinatore del Comitato di redazione (*Università di Pisa*), Pietro Villaschi (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE SAGGI E RELAZIONI: Stefano Bissaro (*Università degli Studi di Milano*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Giuseppe Donato (*Università degli Studi di Messina*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Valentina Pupo (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli Federico II*), Giuliano Serges (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

SEZIONE RECENSIONI: Alberto Arcuri (*Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*), Antonino Amato (*Università degli Studi di Messina*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi «Roma Tre»*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE FORUM: Bruno Brancati (*Università di Pisa*), Rossana Caridà (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO SPECIALE N° 6

Nota dei curatori

Marta AURINO, Alessandro DE NICOLA, Maria Chiara GIRARDI, Laura RESTUCCIA,
Pietro VILLASCHI..... 1

Presentazione

Marilisa D'AMICO, *Presentazione*..... 5

Introduzione al Seminario

Gohar GALUSTIAN, *Introduction et remerciements*..... 9

Giuliano SERGES, *Saluti introduttivi*..... 11

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Elisa CAVASINO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: l'esperienza italiana*..... 17

Itziar GOMEZ FERNANDEZ, *La jurisdicción constitucional española en el s XXI:
cuestiones actuales y perspectivas futuras*..... 47

Giorgio REPETTO, *Ascesa, trasformazione e crisi del Bundesverfassungsgericht.
Il modello tedesco di giustizia costituzionale alla prova dell'esperienza*..... 73

Luca Pietro VANONI, *La Corte Suprema americana nell'era della polarizzazione:
una riflessione costituzionale su Judicial Activism e Judicial Supremacy*..... 99

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LE FONTI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, TRA PROBLEMI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Introduzione ai lavori del I Atelier

Leonardo PACE, *Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma. Introduzione ai lavori del I atelier*..... 139

Contributi dei partecipanti

Riccardo CABAZZI, *Quando la Corte non c'è...il legislatore "balla": enti locali e "spazi" costituzionali*..... 151

Viviana DI CAPUA, *I diritti fondamentali al cospetto del giudice costituzionale. Una riflessione a partire dal reclamo alla Corte costituzionale nella Repubblica della Lettonia* 165

Jacopo FERRACUTI, *Conflitti interorganici e procedimento "bifasico". Un unicum tutto italiano?*..... 183

Silvia FILIPPI, *I conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari dopo l'ordinanza n. 17 del 2019. Profili critici e riflessioni a margine del procedimento di Organstreit*..... 197

Lorenzo MADAU, *I decreti del Presidente della Corte costituzionale: l'emergere di una nuova fonte atipica del diritto processuale costituzionale?*..... 213

Luca MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. Gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*..... 229

Maxime MILLON, *La célérité, clé de voûte de l'efficience de la procédure QPC*..... 247

Sacha SYDORYK, *Modifier les décisions constitutionnelles insusceptibles de recours : le cas de la rectification d'erreur matérielle des décisions du Conseil constitutionnel*..... 265

Giulia VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*..... 277

Conclusioni

Raffaella NIRO, *Il giudice costituzionale e il suo giudizio nell'evoluzione delle fonti: note sparse riassuntive*..... 295

PARTE II

EVOLUZIONE, COMMISTIONE, EVANESCENZA DEI MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del II Atelier

Pietro VILLASCHI, *Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale. Introduzione ai lavori del II atelier*..... 319

Contributi dei partecipanti

Andrea CHIAPPETTA, *L'indefettibile centralità della Corte costituzionale nella tutela multilevel: tra quantità dei diritti e qualità della protezione*..... 321

Ilaria DE CESARE, *Il modello accentrato italiano nella recente giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale*..... 335

Emanuele GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review of legislation. Dibattiti e prospettive di riforma negli ordinamenti olandese e britannico*..... 349

Kassandra GONI, *L'utilisation de l'argument consequentialiste par les Jurisdictions constitutionnelles*..... 361

Francesco Emanuele GRISOSTOLO, *Il controllo sull'esercizio del potere pubblico fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa. Fenomeni di circolazione delle tecniche di giudizio in prospettiva comparata*..... 375

Ferdinando LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità: da un controllo esclusivamente preventivo ad un controllo diffuso. Il caso finlandese e la recente proposta di riforma nei Paesi Bassi*..... 391

Francesco SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana: sindacato di costituzionalità e potere politico, tra dialogo e conflitto*..... 403

Conclusioni

Simone BENVENUTI, *Il posto delle giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo tra funzione di garanzia della Costituzione e indirizzo politico-costituzionale*..... 421

PARTE III

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NELL’ENUCLEAZIONE DEI DIRITTI

Introduzione ai lavori del III Atelier

Julien VACHEY, *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consécration de nouveaux droits. Introduction aux travaux de l’atelier III*..... 441

Contributi dei partecipanti

Dorinda CACCIOPPO, *L’ambiente negli esiti del (supposto) dialogo tra legislatore costituzionale, Corte costituzionale e corti sovranazionali: il caso italiano e francese a confronto*.....445

Mathieu CARNIAMA, *Le rôle limité de la justice constitutionnelle en matière de « constitutionnalisme vert » dans l’Indianocéanie*..... 461

Giulia FORMICI, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’era tecnologica: verso un digital rule of law?*.....469

Paolo GAMBATESA, *La disapplicazione per contrasto con il diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali. Un confronto tra i più recenti orientamenti della Corte costituzionale italiana e del Tribunal constitucional spagnolo*..... 487

Ilaria GIUGNI, *Scontro fra le Corti e rivitalizzazione del principio di legalità penale*..... 501

Chiara PADRIN, *Riflessioni sulla l. cost. 1/2022 in una «prospettiva orientata al futuro»: verso la configurazione di una tutela del clima?*..... 511

Edin SKREBO, *Corti costituzionali, diritti e transizione: Bosnia ed Erzegovina e Kosovo a confronto*..... 527

Davide ZECCA, *La funzione di profilassi costituzionale come evoluzione del ruolo dei giudici costituzionali nell’interpretazione delle garanzie processuali in materia penalistica*..... 547

Conclusioni

Ines CIOLLI, *Il ruolo del giudice costituzionale in tema di enucleazione di nuovi diritti*..... 561

PARTE IV

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL SISTEMA ISTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del IV Atelier

Antonello LO CALZO, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale. Introduzione ai lavori del IV atelier*..... 577

Contributi dei partecipanti

Matteo CALDIRONI, *La “leale collaborazione” tra Corte costituzionale e legislatore*..... 589

Daniele CAMONI, *Le Corti costituzionali, tra vizi del procedimento legislativo e tutela delle minoranze parlamentari. Una comparazione tra Spagna e Italia*..... 603

Aniello FORMISANO, *Instabilità politica e rischi di sconfinamento degli organi di garanzia: considerazioni su come limitarli*..... 617

Alicia GONZÁLEZ MORO, *La democrazia interna dei partiti politici davanti alla giurisdizione costituzionale. Un’analisi dalla prospettiva italo-spagnola*..... 631

Alessia RICCIOLI, *Corti costituzionali a confronto: come cambia il fenomeno del judicial activism nel panorama costituzionale colombiano e italiano*..... 645

Lucas TREGOU-DELVESCOVO, *La doctrine italienne du droit vivant : ressource pour le Conseil constitutionnel?*..... 659

Giuseppe VERRIGNO, *Corte costituzionale e opinione pubblica: ragioni ed effetti di un rapporto in evoluzione*..... 675

Conclusioni

Benedetta LIBERALI, *“Al crocevia di spinte politiche, di suggestioni riformatrici, di possibili diverse interpretazioni del testo costituzionale” : il ruolo della Corte costituzionale nel sistema istituzionale*..... 689

Informazioni sui Curatori e sugli Autori..... 715



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA CORTE SUPREMA AMERICANA NELL'ERA DELLA POLARIZZAZIONE:
UNA RIFLESSIONE COSTITUZIONALE SU *JUDICIAL ACTIVISM* E *JUDICIAL SUPREMACY*

LUCA PIETRO VANONI

SOMMARIO: 1. La Corte suprema nel nuovo millennio: una premessa. – 1.2. (segue). Le nomine giudiziarie tra politica e diritto: la prospettiva americana. – 2. *The less Dangerous of Branches?* Il ruolo della Corte suprema nello sviluppo del costituzionalismo americano. – 3. La Corte suprema e la *countermajoritarian difficulty: judicial activism v. judicial restraint*. – 4. Un criterio di classificazione distorto? La(e) Corte(i) Roberts tra *judicial activism* e *judicial restraint*. – 5. Alla ricerca di un diverso criterio. *Originalism* e/o *Popular Constitutionalism*. – 6. La (seconda) Corte Roberts tra originalismo e *judicial supremacy*. – 7. Conclusioni.

1. La Corte suprema nel nuovo millennio: una premessa

Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte suprema americana nel XXI secolo, soprattutto se letto con gli occhi dell'opinione pubblica, sembra essere dominato dalla contesa tra giudici liberal e giudici conservative per il controllo della maggioranza rispetto ad alcune spinose tematiche. Non è un mistero, infatti, che la battaglia sulle nomine apertasi con l'improvvisa morte del giudice Scalia e proseguita a colpi di interpretazione delle regole del Senato anche durante gli anni della contestata presidenza Trump, abbia fortemente inciso sulla percezione di una istituzione che, storicamente

considerata dal popolo americano come la più affidabile dell'intero sistema, vive oggi una profondissima crisi di fiducia e di legittimazione¹.

Per molti, questa delegittimazione nascerebbe dal tentativo di “cattura” delle Corti da parte del potere politico, che – conseguenza anche della crescita del ruolo sempre più incisivo occupato dai giudici nazionali e sovranazionali nei sistemi costituzionali – sembra condizionare lo scontro istituzionale non solo negli Stati Uniti ma altresì in altre democrazie occidentali. Note sono, a riguardo, le critiche sulle riforme ungherese e polacca² con cui si è modificato il ruolo e la composizione dei giudici delle rispettive Corti costituzionali, e che sono considerate un sintomo del c.d. *democratic backsliding* che affligge i sistemi costituzionali occidentali contemporanei³. In realtà, il fenomeno è più risalente: basti pensare al tentativo del presidente argentino Carlos Menem nel 1990 di accrescere il potere esecutivo mediante l'integrazione della Corte con quattro giudici costituzionali di nomina presidenziale, e – più di recente – le riforme di Hugo Chavez che hanno inciso sulla indipendenza dei giudici attraverso l'espansione del numero dei componenti della Corte da venti a trentadue membri⁴. Questi esempi, insieme a molti altri, mettono in luce una problematica costante del costituzionalismo contemporaneo che ha portato la dottrina a leggere in termini di polarizzazione politica populista le battaglie sulle nomine dei giudici costituzionali e, per quel che qui ci interessa, anche lo scontro sulle nomine dei giudici supremi americani, spesso richiamato come esemplificazione di una tendenza oggi comune ad altri ordinamenti.

Arrestarsi ad una lettura esclusivamente politico-partitica delle nomine dei giudici della Corte suprema non consente però di cogliere interamente né le sfumature del quadro costituzionale esistente né, tantomeno, dei suoi mutamenti futuri. Sebbene le peculiarità del meccanismo di *advise and consent* collochino naturalmente i candidati nell'alveo progressista o conservatore, la storia americana insegna che la battaglia sulle nomine dei giudici non costituisce una novità del nuovo millennio e, proprio per questo, essa non può essere l'unica o la principale chiave di lettura per comprendere a fondo gli orientamenti dell'attuale Corte Roberts. Pur ritenendo comprensibile la preoccupazione dell'area liberal per l'attuale composizione della Corte, giudicare le nomine di Trump solo alla luce dei «risultati pratici» potrebbe risultare «fuorviante»⁵. Una corretta valutazione dei candidati dovrebbe infatti anzitutto interrogarsi sulla loro idea di Costituzione, nel

¹ L. STROTHER, S. KUSHNER GADARIAN, *Public Perceptions of the Supreme Court: How Policy Disagreement Affects Legitimacy*, in *The Forum*, vol. 20, no. 1, 2022, 87-134.

² Cfr., per tutti, N. CHRONOWSKI, A. KOVÁCS, Z. KÖRTVÉLYESI, G. MÉSZÁROS, *The Hungarian constitutional court and the abusive constitutionalism*, MTA Law Working Papers, 2022/07 - <https://hdl.handle.net/1814/74522>; M. ZIÓLKOWSKI, *Two Faces of the Polish Supreme Court After “Reforms” of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *5 Eur. Papers* 347, 2020, 350.

³ Cfr., da ultimo, L.M. BARTELS e altri, *The Forum: Global Challenges to Democracy? Perspectives on Democratic Backsliding*, *International Studies Review*, <https://doi.org/10.1093/isr/viad019.2023>, 1 ss.

⁴ Cfr., rispettivamente, J. FINKEL, *Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change*, 39 *Lat. Am. Rsch. Rev.* 56, 2004, 63 ss.; S. LEVITSKY, J. LOXTON, *Populism and Competitive Authoritarianism in Latin America*, in C. DE LA TORRE (a cura di) *Routledge Handbook Of Global Populism*, 2018, 116 ss.

⁵ A. PIN, *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in DPCE, 2021, 187.

tentativo di comprendere se e come essa possa migliorare l'interpretazione pluralista del diritto americano.

È tenendo conto di questa prospettiva che si vuole dunque provare ad analizzare il ruolo della Corte suprema all'interno del sistema costituzionale americano del XXI secolo. Dopo aver brevemente descritto il problema politico delle nomine giudiziarie nella prospettiva americana, il presente scritto si occupa pertanto di indagare l'annoso problema della *countermajoritarian difficulty* e della *judicial supremacy* nel nuovo millennio alla luce delle tendenze della dottrina e della giurisprudenza americana, provando così ad andare alla ricerca delle ragioni profonde dell'attuale polarizzazione politica.

1.2. (segue). *Le nomine giudiziarie tra politica e diritto: la prospettiva americana*

Per comprendere perché non sia opportuno affrontare il tema delle contese del potere politico sulle nomine dei giudici della Corte esclusivamente come la diretta conseguenza dell'attuale polarizzazione politica occorre tornare all'origine. Il procedimento di nomina dei giudici supremi americani è stato ideato all'interno dei meccanismi *checks and balance* che costituiscono una delle architravi del sistema costituzionale statunitense; per rispondere all'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra chi preferiva che le nomine fossero affidate al legislativo, e chi invece preferiva un controllo di scelte operate da un forte esecutivo, l'art. III Cost. prevede che la designazione dei giudici sia condivisa da Presidente e Senato⁶. Tale norma riflette il pensiero espresso da Alexander Hamilton in *The Federalist* n. 66, secondo cui «sarà compito del Presidente proporre i candidati e quindi si procederà ad una vera e propria nomina con l'approvazione e il consenso del Senato. Il Senato, pertanto, non opererà alcuna scelta. Esso potrà respingere una scelta dell'esecutivo, ed obbligarlo ad operarne un'altra, ma non potrà scegliere direttamente – dovrà limitarsi a ratificare o respingere la scelta del Presidente»⁷. La scelta di questo meccanismo di nomina era stata pensata per bilanciare due poteri che, per loro conformazione, attingono la propria legittimazione da circuiti democratici diversi: se l'attribuzione al Presidente di una responsabilità primaria avrebbe consentito di evitare il rischio di incorrere in pregiudizi di carattere regionale, affidare il controllo al Senato avrebbe potuto contribuire a correggere eccessivi personalismi⁸. Questo argomento di carattere istituzionale richiede di essere letto in

⁶ Cfr. A.J. WHITE, *Toward The Framers' Understanding Of "Advice And Consent": A Historical And Textual Inquiry*, Harv. J.L. & Pub., 2005, 103 ss.: «By the conclusion of the Convention, the delegates were divided into clear camps on the question of appointments. One group of delegates, led by James Wilson, Nathaniel Gorham, Alexander Hamilton, and Gouverneur Morris favored control of appointments by a strong executive. The opposing camp, led by Charles Pinckney, Luther Martin, George Mason, Roger Sherman, Oliver Ellsworth, and John Rutledge, favored legislative control of the appointment process».

⁷ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 66, ed. It. M. D'Addio G. Negri, il Mulino, 1997, 553.

⁸ Così, acutamente, A.J. WHITE, *Toward the Framers' Understanding Of "Advice and Consent": A Historical And Textual Inquiry*, cit., 162: "Hamilton's defense of joining the President and the Senate in appointments echoed a major argument from the Convention: vesting primary responsibility in the President would provide for responsibility and freedom from regional bias, while Senate consent would provide security from personal attachment".

combinato disposto con quanto rilevato da Hamilton secondo cui il potere giudiziario è da annoverarsi, per sua natura e per le funzioni conferitegli dalla Costituzione, come un potere sprovvisto di «force or will» e dotato, piuttosto, di «mere judgment»⁹.

Più che figlie della attuale polarizzazione, pertanto, le contese del potere politico sulle nomine dei giudici della Corte sono storicamente legate a quella caratteristica unica del costituzionalismo americano che vede nello scontro tra poteri politici, più che nella loro formale o sostanziale collaborazione, la realizzazione di un sistema plurale e democratico. Del resto, dal punto di vista storico, la contesa politica ed istituzionale sulle nomine giudiziali è così radicata nel sistema statunitense che già nel 1799 il Presidente John Adams aveva sollecitato una radicale revisione del sistema giudiziario federale, ritenuta «indispensabile» al fine di «dare effettività al potere esecutivo e assicurare una giusta esecuzione delle leggi»¹⁰, poi sfociata nell’approvazione del Judiciary Act del 1801.

Quel momento ha ineluttabilmente condizionato il lungo dibattito politico sulle regole, sulla composizione, sulle nomine del sistema giudiziario federale che ha attraversato tutte le epoche della giustizia costituzionale americana. Già nel primo secolo della Federazione, anche al fine di influenzare «the future course of the Supreme Court decisions»¹¹, «Congress revised in many occasion the Judiciary Act (1789, 1801, 1802, 1807, 1837, 1863, 1866, e 1869)», espandendo o contraendo il numero dei giudici della Corte. Durante l’era Jackson, in particolare, la riforma del Judiciary Act del 1837 cambiò la struttura dei circuiti federali, al fine di adattarla all’espansione della Nazione. L’aggiunta di due seggi alla Corte suprema, che permise a Jackson di nominare ben sette giudici (più di ogni altro presidente da Washington a Taft), segnò quella che al tempo fu celebrata come «the closing of an old, and the opening of a new, era in history»¹².

Ancor più nota, è poi la riforma minacciata da Roosevelt per aggirare la ritrosia dei giudici conservativi a sostenere la costituzionalità di numerose norme del secondo New Deal; riforma che non venne però mai realizzata in parte per la contrarietà del Congresso e, in parte, per il cambiamento di orientamento dei giudici supremi, non a caso definito come «the switch that save the nine»¹³. Si ricordi, infine, quanto avvenuto negli anni

⁹ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

¹⁰ J. ADAMS, *Third Annual Message* 3 Dec. 1799, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/december-3-1799-third-annual-message>

¹¹ Come rilevato dalla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf>, 74.

¹² *The Supreme Court of the United States*, 1 U.S. Mag. & Democratic Rev. 143, 1838 riportato *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final Report, cit., 45.

¹³ Il termine, riferimento all’aforisma inglese “a stitch in time save the nine”, è il nome dato a quello che è stato percepito come un improvviso cambio di giurisprudenza da parte di Justice Owen J. Roberts nel

Ottanta dello scorso secolo (periodo al quale i politologi riconducono l’inizio dell’attuale polarizzazione¹⁴) quando il Senato a maggioranza democratica respinse, forse anche per ragioni politiche, la candidatura dell’originalista Robert Bork designato dall’allora Presidente Reagan. Secondo alcuni autori, da questo episodio è scaturito un «continuous cycle of escalation of partisan conflict over nominations» che contraddistingue i nostri giorni, segnando una forse irreversibile frattura in quella political fairness che aveva invece consentito, anche nel recente passato, di confermare le nomine presidenziali con un consenso bipartisan quasi unanime¹⁵.

Non è quindi un caso che la recente Commissione sulla riforma della Corte suprema voluta dal Presidente Biden abbia concluso i suoi lavori ricordando che lo scontro politico/istituzionale sul ruolo e sul numero dei giudici della Corte Suprema «is old as the Constitution»¹⁶, a conferma del fatto che sarebbe parziale soffermarsi solo sulle critiche sorte a partire dalle nomine di Trump per descrivere, e comprendere, l’attuale crisi politico-istituzionale americana.

Ciò non significa, peraltro, che tali nomine non abbiano influito sulla polarizzazione, né che l’attuale Corte non sia potenzialmente in grado di produrre modifiche, anche divisive, all’interno del sistema. Innanzitutto, occorre ricordare che il millennio si è aperto con la famosa sentenza *Bush v. Gore* che, per l’importanza e il contesto in cui è stata emessa, ha certamente alimentato la spaccatura politica tra Repubblicani e Democratici¹⁷. In secondo luogo, con la morte di due protagonisti assoluti del pensiero giuridico americano quali Justice Scalia e Justice Ginsburg si è conclusa (anche simbolicamente) un’epoca nella quale – in Corte così come nel Congresso e nella pubblica piazza – opinioni diverse sulla natura e sulle finalità del costituzionalismo hanno potuto confrontarsi aspramente ma sempre lealmente all’interno di condiviso spirito di rispetto per le istituzioni. Infine, le nomine di Trump hanno sicuramente alterato gli

caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937). I resoconti storici convenzionali ritraggono l’opinione di maggioranza della Corte come una mossa strategica per proteggere l’integrità e l’indipendenza della Corte dal progetto di legge di riforma dei tribunali del Presidente Franklin Roosevelt (noto anche come “Court Packing Plan”), che avrebbe ampliato fino a 15 i componenti della Corte. Sul punto v. (per tutti) J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A Switch in Time Saves Nine: Institutions, Strategic Actors, and FDR’s Court-Packing Plan*, Public Choice, vol. 113, 2002, 301 ss.

¹⁴ Così, tra gli altri, M. LILLA, *The Once Future Liberal: after Identity Politics*, New York 2018. Più di recente, J. BALKIN *Cycles of Constitutional Times*, Oxford, 2020, passim identifica l’inizio della rottura del vecchio ordine costituzionale e l’inizio di un nuovo, che ha nella polarizzazione politica una delle sue caratteristiche di rilievo, proprio nell’avvento della Presidenza di Ronald Reagan.

¹⁵ Così la testimonianza resa da Benjamin Wittes il 20 luglio 2021 alla *Presidential Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Wittes-Testimony.pdf>, 3 ss. : «Put simply, there would be no significant debate about court reform and enlargement today, except in certain academic circles, but for the confirmation process. There is no grave problem with the courts that requires reform. Rather, the perception of the need for change is driven by the disruption of a long-term equilibrium in the manner in which judges and justices are named and seated on the bench. (...) The actual history of the decline of the process reveals a continuous cycle of escalation over three decades in which neither side refrained from seizing momentary advantage when it had the chance. (...) The simple reality is that we have run out of possible escalations within the narrow confines of the mere treatment of nominees. We have already reached the point at which a nominee can expect unanimous or near-unanimous opposition from the party not in control of the White House—irrespective of his or her qualifications».

¹⁶ *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final Report, cit., 59.

¹⁷ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

equilibri della Corte suprema non tanto rispetto al presunto posizionamento politico dei nuovi giudici, quanto piuttosto con riferimento alla loro metodologia interpretativa, oggi decisamente orientata alla ricerca dell’original public meaning delle disposizioni costituzionali. Ed è proprio la metodologia interpretativa dei giudici a rappresentare un elemento determinante per cogliere le dinamiche costituzionali che agitano i conflitti politici attorno alla c.d. seconda Corte Roberts. Le nomine di Kavanaugh e Barrett al posto di Kennedy e Ginsburg, infatti, hanno sancito l’avvento di quella che è stata definita «the greatest originalist Court in history»¹⁸, modificando l’equilibrio del precedente collegio a favore di una tecnica interpretativa che – secondo i suoi critici – favorirebbe lo smantellamento di quei diritti civili e sociali che sono stati in passato garantiti tramite l’interpretazione evolutiva operata dalle corti Warren e Burger.

L’insieme di questi fattori ha dunque inciso (e sembra destinato ad incidere in futuro) sul ruolo della Corte all’interno del sistema statunitense. Ma vi è di più; l’ordinamento americano sta infatti vivendo una crisi che non riguarda solo le modifiche sulle regole o sulle modalità di accesso alla Corte ma che è figlia di una più ampia tensione e di un disallineamento tra poteri costituzionali che sembra interessare anche il ruolo dei giudici¹⁹. In questa prospettiva si vuole dunque rileggere il ruolo e il peso occupato dalla Corte suprema negli anni duemila, tenendo conto del fatto che, come si avrà modo di approfondire, molti dei cambiamenti costituzionali sono storicamente stati generati, favoriti o ratificati dalle decisioni – o dall’orientamento – dei giudici della Corte suprema.

2. The less Dangerous of Branches? Il ruolo della Corte suprema nello sviluppo del costituzionalismo americano

L’importanza e il ruolo assunto dalla Corte suprema all’interno dell’ordinamento statunitense è testimoniata da decisioni che sono scritte nella storia. Molte delle trasformazioni del costituzionalismo riguardano, infatti, alcuni *landmark cases* che, per usare l’espressione di Bruce Ackerman, hanno segnato i c.d. *constitutional moments* del sistema americano. E così, ad esempio, la sentenza *Marbury v. Madison*²⁰ ha sancito la nascita di un potere, quello di *judicial review*, originariamente non previsto dalla Costituzione, mentre la decisione del caso *Dred Scott v. Sandford*²¹ (non a caso definito come «the most dreadful case that changed history»²²) ha funzionato come detonatore delle tensioni esistenti nel paese sul dramma della schiavitù, favorendo l’elezione del Presidente Lincoln e, di conseguenza, il precipitare degli eventi che hanno portato alla

¹⁸ D.H. GANS, *This Court Has Revealed Conservative Originalism to Be a Hollow Shell*, in *The Atlantic*, 20 giugno 2022, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/07/roe-overtuned-alito-dobbs-originalism/670561/>

¹⁹ A questo si riferisce, ad esempio l’incontenibile espansione dello Stato amministrativo, su cui si permetta di rinviare a L.P. VANONI, «*Never Let a Good Crisis Go to Waste*». *Il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia*, Giappichelli, Torino, 2023.

²⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

²¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 1856.

²² P. FINKELMAN, *Scott v. Sandford: The Court's Most Dreadful Case and How It Changed History*, 82 Chi. Kent L. Rev., 2007, 3.

guerra civile. Anni più tardi, la tensione tra Corte e Presidente sulla legittimità del secondo New Deal ha favorito il passaggio dalla c.d. fase matura del liberalismo, allo stato democratico-sociale il quale, a sua volta, ha portato ad un disallineamento dei poteri che ha reso i giudici sempre più protagonisti nella scena politica²³. Questi sono solo alcuni dei possibili esempi che testimoniano la trasformazione del «least dangerous branch of the American government»²⁴ in quello che è ora «the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known»²⁵.

Le ragioni della progressiva ascesa del ruolo della Corte suprema sono molteplici. In primo luogo, la struttura del sistema, che poggia originariamente su una teoria rigida della separazione dei poteri temperata da meccanismi di checks and balances oltre che sulla «doppia garanzia» federale dei diritti²⁶, tende a incoraggiare lo scontro istituzionale e, con esso, il ricorso all'organo inizialmente concepito come ultimo interprete della Costituzione e primo arbitro dei conflitti.

In secondo luogo, la Costituzione americana, scritta in un'epoca storica lontana, chiede necessariamente all'interprete di adeguare clausole pensate per un diverso contesto sociale alla complessità della realtà presente; come già ricordato dal Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland* (1819), «we must never forget that it is a *constitution* we are expounding» ovvero sia un documento che «is intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs»²⁷. In aggiunta, le difficoltà ad emendare la Costituzione spingerebbe, anche solo informalmente, la Corte suprema a “rileggere” le norme costituzionali alla luce dei cambiamenti della società²⁸, e il combinato disposto tra «a very powerful court» e «a nearly-impossible-to-amend constitution»²⁹ porta inevitabilmente un ordinamento a stabilizzarsi attorno alle decisioni dei suoi giudici.

Infine, il ruolo della Corte suprema è stato storicamente influenzato dalla judicial philosophy dei suoi giudici, che, unitamente alla regola del life tenure, può consentire loro di operare una lettura trasformativa del diritto costituzionale americano anche molto pervasiva. La regola del mandato a vita era stata introdotta come primario strumento di garanzia dell'indipendenza dei giudici: essa mirava non solo a mantenere un certo grado di isolamento dalla politica partigiana del momento, ma anche quella necessaria distanza critica che permette di operare come un argine contro l'eventuale tirannia delle maggioranze. L'idea che i giudici non potessero essere rimossi dal loro incarico during the good behavior era però strettamente connessa ad una concezione *debole* del potere

²³ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁴ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

²⁵ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, 1962, 1.

²⁶ J. MADISON, *The Federalist* n. 51.

²⁷ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (1819).

²⁸ Cfr. J.O. MCGINNIS, M. RAPPAPORT, *Where Have all the Amendments Gone?*, Law & Liberty, 1 Nov. 2021, <https://lawliberty.org/forum/where-have-all-the-amendments-gone>

²⁹ Così la testimonianza scritta di K.L. SHEPPEL, in *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* 2, 30 giugno, 2021 <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Scheppele-Written-Testimony.pdf>

giudiziario che «has no influence over either the sword or the purse» e, pertanto, «depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments»³⁰.

Se costruita in questo modo, l'indipendenza del giudiziario non può essere sganciata dalla riflessione sui suoi limiti e, primariamente, con la previsione per cui i giudici devono decidere esclusivamente in base alla legge e alla Costituzione. Nel corso del tempo, però, i contorni di cosa significhi realmente decidere «in accordance with law» si sono fatti via via più sfumati³¹, perché (soprattutto) la Corte suprema è talvolta chiamata a decidere controversie sulle quali esiste un significativo disaccordo che spinge i giudici ad appellarsi a «[h]istory or custom or social utility or some compelling sentiment of justice»³². Accade così che un collegio possa, attraverso l'interpretazione della Costituzione orientata ad una certa judicial philosophy, imprimere una direzione all'ordinamento che, sfruttando il life tenure dei giudici, sia in grado di superare l'indirizzo politico degli organi politici democraticamente eletti ogni quattro (o sei) anni. Soprattutto oggi che la media del mandato di un giudice supremo è arrivata a 26 anni (contro i 15 degli anni sessanta e i 10 della prima metà del Novecento), la regola del mandato a vita può quindi trasformarsi, da scudo contro le pressioni politiche, in spada capace di imporre, per via interpretativa, una certa idea di giustizia.

Ed è così che la Corte ha maturato una giurisprudenza creativa che le ha permesso di «occupare un ruolo centrale e spesso contestato nel plasmare la vita politica e civile americana», assumendo decisioni che – specialmente nell'era moderna – «continuano ad avere effetti immediati e a lungo termine sul benessere e sui diritti degli individui e delle comunità in tutto il Paese»³³. A partire dal disallineamento dei poteri generato dalla rivoluzione del New Deal, i giudici hanno iniziato ad esplorare nuove tecniche interpretative delle disposizioni costituzionali, promuovendo il riconoscimento dei diritti civili e sociali proprio attraverso una rilettura della Costituzione come living document. Qualche decennio più tardi, la rivoluzione avviata dal Chief Justice Warren ha segnato un ulteriore constitutional moments della storia americana che vede la Corte suprema dar voce al popolo americano attraverso le proprie pronunce, seguendo una lettura della Costituzione che affiderebbe a se stessa il compito di intercettare, e poi inverare per via

³⁰ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

³¹ Come ricordato dalla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, cit., 24 «Of course, it is incontrovertible that judges should decide cases according to law. But there are difficult questions—they have been debated, literally, for centuries—about what making decisions according to law means. In particular, legal decisions, especially those of a court like the Supreme Court that has responsibility to resolve the most challenging issues facing our system, will sometimes require the exercise of judgment on legal issues about which there can be reasonable disagreement (...) Difficult decisions of those kinds, especially when they involve controversial social issues, can leave judges and Justices open to the accusation that they have compromised judicial independence by advancing a partisan or otherwise improper agenda».

³² B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, 43.

³³ *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, cit., 18: «The Court has long occupied a central and often contested role in shaping American political and civic life. In the modern era, its decisions continue to have both immediate and long-term effects on the welfare of individuals and communities throughout the country, including by affecting the rights of people of the same sex to marry, the right to bear arms, religious liberty, property ownership, women's reproductive rights and freedoms, access to health care, participation in the political process and voting, the structure of government and the separation of powers, the operation of the criminal justice system, diversity in higher education, and the regulation of workplaces and the right to organize

interpretativa, i cambiamenti della coscienza sociale³⁴. Questa lettura, tuttavia, che incarica non un organo democraticamente eletto ma un organo giurisdizionale del compito di inverare i diritti civili a maggior ragione trattandosi di una autoinvestitura da parte della Corte stessa, ha fatto sorgere il dubbio sul fatto che «un potere non rappresentativo e non periodicamente soggetto a controllo popolare» sia davvero indicato a «determinare discrezionalmente sviluppi del diritto cui la stessa volontà popolare, espressa dai poteri politici, debba piegarsi»³⁵.

3. *La Corte suprema e la countermajoritarian difficulty: judicial activism v. judicial restraint*

A partire dalla seconda metà del Novecento, il dibattito teorico sul peso occupato dalla Corte all'interno del costituzionalismo americano è stato così dominato dalla tensione tra i confusi limiti della judicial review e la necessità di garantire una majoritarian governance. Da un lato, infatti, il living constitutionalism ha consentito al sistema americano di colmare la distanza tra una Costituzione scritta oltre duecento anni fa per tredici colonie e qualche milione di persone ad una realtà sociale fatta di cinquanta Stati e centinaia di milioni di cittadini provenienti da molte parti del mondo³⁶. Dall'altro, però, l'idea che una Corte possa interpretare tanto estensivamente la Costituzione al punto da ricavare significati nuovi e non scritti ha generato un persistente conflitto tra judicial review e processo democratico, dando vita a quella che è stata definita come countermajoritarian difficulty³⁷.

A lungo, la tematica ha appassionato la dottrina americana al punto da divenire «the dominant paradigm of constitutional law»³⁸ o «the central obsession of modern

³⁴ B. ACKERMAN, *We the People. Civil Rights Revolution*, cit., 5 secondo cui «while the presidency or the Congress had initiated the previous rounds of constitutional politics, this time the Supreme Court initially seized the initiative *Brown v. Board of Education* put the issue of racial equality at the very center of a great generational debate». In realtà, le due stagioni possono forse essere lette congiuntamente in ragione del disallineamento dei poteri generato dalla trasformazione avviata dal New Deal. Se inizialmente il revirement giurisprudenziale avvenuto durante la presidenza Roosevelt era stato visto come una sconfitta per i giudici supremi rispetto all'indirizzo politico presidenziale, proprio la loro elasticità nel rileggere gli assetti costituzionali del tempo adattandoli ai nuovi cambiamenti sociali ha ampliato il loro potere nell'interpretare estensivamente la Costituzione.

³⁵ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, 312.

³⁶ Cfr. D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, 27 settembre 2010, <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>: «A living Constitution is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended. On the one hand, the answer has to be yes: there's no realistic alternative to a living Constitution. Our written Constitution, the document under glass in the National Archives, was adopted 220 years ago [...] Meanwhile, the world has changed in incalculable ways. The nation has grown in territory and its population has multiplied several times over. Technology has changed, the international situation has changed, the economy has changed, social mores have changed, all in ways that no one could have foreseen when the Constitution was drafted. And it is just not realistic to expect the cumbersome amendment process to keep up with these changes».

³⁷ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., 16.

³⁸ E. CHERMERINSKY, *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 Harv. L. Rev. 43, 1989, 61.

constitutional scholarship»³⁹ tanto da costituire, ancor oggi, un nodo irrisolto del costituzionalismo americano. Al di là delle dispute dottrinali, inoltre, essa ha generato conseguenze significative sul piano politico e sociale, perchè posti al centro dell'arena politico-costituzionale, i giudici supremi sono stati chiamati a risolvere «some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate»⁴⁰. In questo modo, il luogo delle decisioni politiche ha cominciato a spostarsi dal Congresso alle aule giudiziarie, spingendo sempre di più la società (e in particolare gruppi di interessi e lobbies) a rivolgersi ai giudici per colmare la lacuna tra il disaccordo politico sul riconoscimento di nuovi diritti e l'evoluzione della coscienza sociale. Sicchè tanto gruppi di interesse liberal quanto conservative hanno cominciato a costruire, attraverso la strategic litigation, casi sempre più articolati che permettessero ai giudici di risolvere certe controversie ma, soprattutto, di fornire una lettura delle norme costituzionali orientata al riconoscimento di soluzioni politiche difficilmente perseguibili attraverso il circuito democratico.

Pertanto, mentre la dottrina tentava di risolvere la difficoltà contromaggioritaria sul piano teorico⁴¹, lo scivolamento del potere dal Congresso alle Corti, frutto della tensione tra judicial review e majoritarian governance, ha inciso sulle argomentazioni dei giudici supremi e sulla loro judicial philosophy. È in questa logica che deve essere ricompresa la critica mossa da Chemerinsky alla prima Corte Rehnquist, colpevole, a suo dire, di aver assunto un comportamento eccessivamente deferente nei confronti delle scelte politiche della maggioranza e di aver abbracciato «a vision of the bounds of judicial behavior rather than working to define constitutional values»⁴². E in modo del tutto analogo devono essere lette le critiche, più tardive, mosse allo stesso collegio, accusato di essere «highly activist» in materie quali il federalismo, l'Establishment clause, la libertà religiosa, tanto da averle portato il conferimento dell'epiteto di «the most activist Court of history»⁴³.

Attraverso queste critiche emerge plasticamente uno dei criteri che ha a lungo dominato il modo con cui le sentenze dei giudici supremi sono state lette e commentate

³⁹ B. FRIEDMAN, *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy*, 73 NY Law Rev. 2, 1988, 334. Come ricordato dallo stesso Friedman, "The problem is this: to the extent that democracy entails responsiveness to popular will, how to explain a branch of government whose members are unaccountable to the people, yet have the power to overturn popular decisions? Academic fixation with the problem is apparent everywhere; it is referred to variously as an "obsession", a "preoccupation," and even-could anything be more damning?-a "platitude"".

⁴⁰ R. HIRSCHL, *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 Fordham L. Rev. 721, 2006, 722.

⁴¹ Cfr. B. ACKERMAN, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale Li. 1013, 1984, 1016: «Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble».

⁴² E. CHERMERINSKY, *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 Harv. L. Rev. 43, 1989, 61.

⁴³ Rispettivamente D.R. DOW, C. JEU, A.C. COVENY, *Judicial Activism on the Rehnquist Court: An Empirical Assessment*, 23 Journal of Civil Rights and Economic Development 1, 2008, 35; T. M. KECK, *The Most Activist Supreme Court of History: Road to Modern Conservatorism*, Chicago, 2004. Ma l'elenco sarebbe lunghissimo: Cfr. E.A. YOUNG, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. Colo. L. Rev., 2002, 1139 («It is very much in vogue these days to accuse the current Rehn-

quist Court of 'conservative judicial activism»); R. DWORKIN, *The Supreme Court Phalanx*, HUP, 2008; H. SCHWARTZ (a cura di), *The Rehnquist Court: Judicial Activism On The Right*, Merriam, 2002.

dalla dottrina americana⁴⁴. Oscillando tra le due polarità delineate dalla countermajoritarian difficulty, i costituzionalisti americani hanno cominciato quindi a classificare la judicial philosophy dei giudici supremi, misurandone le argomentazioni costituzionali in ragione dell’attivismo (judicial activism) o della deferenza giudiziale (judicial restraint) delle loro opinions.

La definizione di judicial activism e restraint è complessa, perchè entrambi i concetti fanno parte da sempre del dibattito sui limiti del potere di judicial review e sono stati usati in modo diverso⁴⁵. Una delle applicazioni più famose si riscontra nel caso *Lochner v New York* quando Justice Holmes, tramite la sua famosa dissenting opinion, aveva ricordato ai colleghi che «[our] agreement or disagreement ha[ve] nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law» perché «a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of *laissez faire*»⁴⁶. La critica di Holmes ruotava attorno al principio per cui, se riempita per via interpretativa di significati soggettivi, la parola “liberty” contenuta nel XIV Emendamento rischia di condurre i giudici su un terreno dove «every opinions tends to become a law»⁴⁷ mentre il loro compito dovrebbe limitarsi a verificare se le leggi confliggono con la Costituzione. Pertanto, pur non utilizzando espressamente quella terminologia, le contestazioni di Holmes evidenziano in modo efficace i contorni del judicial restraint a fronte alla decisione della maggioranza che, non a caso, è stata riletta successivamente come una anticipazione del «judicial activism», ovvero come «an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government»⁴⁸.

La posizione di Holmes sembra abbracciare interamente la dottrina della Clear Mistake Rule elaborata nel 1893 da James Bradley Thayer, secondo la quale le Corti possono annullare un atto legislativo solo quando coloro che hanno diritto di legiferare hanno commesso un errore così macroscopico da non poter essere giustificato razionalmente⁴⁹. La deferenza dei giudici nei confronti del legislatore, pertanto, sarebbe

⁴⁴ A parere, S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, Vol. 1, Oxford University Press, 2021, 69 entrambe le posizioni poggiano su un un fondo di verità, perchè «William Rehnquist became chief justice of the United States in 1986, and he was a judicial restraint New Deal liberal with respect to individual rights cases, but he was an admirer of the federalism umpiring of the pre-1937 Supreme Court. Rehnquist lacked the five votes he needed for judicial restraint in individual rights enforcement, but he had five votes for reviving pre-1937 federalism umpiring. Rehnquist’s term as chief justice is most memorable for its revival of federalism umpiring in the modern era by the U.S. Supreme Court».

⁴⁵ Per una ricostruzione del significato di tali termini v. (tra i molti) J. DALEY, *Defining judicial Restraint*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY (a cura di) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot, UK: Ashgate, 2000, 279 ss.; R. POSNER, *The Federal Courts*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994, 314 ss.; K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 Cal Law Rev. 5, 2004, 1442 ss.

⁴⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, 197 (Holmes dissenting).

⁴⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, 197 (Holmes dissenting), 198.

⁴⁸ C.R. SUNSTEIN, *Lochner’s Legacy*, 87 Colum. L. Rev., 1987, 873-874, secondo cui «The received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved “judicial activism”: an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government». Analogamente anche J.W. ELY, *Economic Due Process Revisited*, 44 Vand. L. Rev., 1991, 213.

⁴⁹ J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129, 1893. Il nesso tra tale dottrina e la opinion di Holmes in *Lochner* è esplicitamente identificato, da ultimo, da S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 79 «Thayer argued famously

una precondizione del corretto esercizio del loro potere di *judicial review*, al punto che, come sostenuto da Thayer, «a legislator might vote against a law because he believed it unconstitutional but nonetheless, if he later became a judge, properly vote to uphold it on the grounds of restraint»⁵⁰. L'idea affonda le sue radici nella concezione americana della separazione dei poteri e nella previsione per cui il controllo di costituzionalità federale dovrebbe essere usato come ultima risorsa nella risoluzione di casi concreti, al punto che già Jefferson aveva osservato come uno degli obiettivi di una architettura costituzionale completa «che meritano di esser ricordati con gratitudine dalla società» fosse quello che «impedirà ai giudici di usurpare la legislazione»⁵¹.

Proprio perché strutturalmente connesso con una certa teoria del costituzionalismo, l'ambito di applicazione dei due criteri è difficilmente definibile; così, ad esempio, la deferenza del giudiziario «encompass a wide range of doctrines, including deference to legislative and/or administrative decision making, respect for precedent (and an aversion to overruling), a textualist or strict-constructionist approach to statutory interpretation, doctrines of standing and mootness, the floodgates argument, and even the supposed requirement that judges should avoid making moral or policy choices»⁵². Analogamente, «judicial activism is a slippery term» usato per identificare «five core meanings: (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial "legislation", (4) departures from accepted interpretive methodology, and (5) result-oriented judging»⁵³.

Le difficoltà riscontrate dalla dottrina a definire i contorni di *judicial activism/restraint* sono tuttavia inversamente proporzionali al loro attuale successo. Sotto il profilo terminologico, la prima formulazione si deve ad un articolo pubblicato sul finire degli anni '40 dal saggista e storico Arthur J. Schlesinger Jr. per descrivere al pubblico generalista l'attitudine personale dei giudici supremi che sedevano al tempo in Corte⁵⁴.

for a Rule of Clear Mistake in judicial constitutional construction, and he favored judicial deference in all but the clearest cases to the decisions made by federal or state legislatures. Thayer's views had an important influence on such U.S. Supreme Court justices as Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Benjamin Cardozo, Harlan Fiske Stone, Felix Frankfurter, and William Rehnquist. Francis Biddle, one of Justice Holmes's first law clerks, went on to serve as attorney general to President Franklin D. Roosevelt during his first two terms as president».

⁵⁰ Riportato da K. ROOSEVELT, *Judicial Restraint*, in *Encyclopedia Britannica*, 17 luglio 2023, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint>.

⁵¹ T. JEFFERSON, *Letter to Edward Livingston*, 25 Marzo 1825.: «One single object... [will merit] the endless gratitude of society: that of restraining the judges from usurping legislation. And with no body of men is this restraint more wanting than with the judges of what is commonly called our General Government, but what I call our foreign department. They are practising on the constitution by inferences, analogies and sophisms, as they would on an ordinary law: they do not seem aware that it is not even a constitution, formed by a single authority, and subject to a single superintendence and controul: but that it is a compact of many independent powers, every single one of which claims an equal right to understand it, and to require its observance».

⁵² A. KAVANAGH, *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, No. 1, 2010, 25.

⁵³ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1444. Secondo alcuni autori, la portata del termine è talmente ampia da trasformarlo in un «empty term» (cfr. P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, 95 Harv. L. Rev., 1982, 537).

⁵⁴ Il termine sarebbe stato utilizzato per la prima volta da A.M. SCHLESINGER, *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, Jan. 1947, 202. Come riportato da K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1446, «Arthur J. Schlesinger Jr. introduced the term "judicial activism" to the

Invece che riflettere sul ruolo e sui limiti della judicial review statunitense, il saggio si soffermava sulla personalità dei vari giudici, descrivendone le diverse attitudini in termini di alleanze e/o divisioni politiche⁵⁵; ed è proprio a questa "personalizzazione" del problema che si deve probabilmente la popolarità assunta da tali criteri di classificazione che, a partire dalla seconda metà del Novecento, sono stati utilizzati dalla dottrina per ricostruire l'approccio di una certa Corte suprema o di un singolo giudice. Quale che sia la ragione, la fortuna di tali termini è oggi indiscutibile: come ricordato da una ricerca condotta tra la fine degli anni 90 e l'inizio del nuovo millennio, il termine judicial activism (e, di converso, anche quello di judicial restraint) è comparso oltre quattromila volte nelle law review americane, entrando a far parte, sempre di più, anche del lessico dei giudici (che sembrano sempre più inclini ad accusare i propri colleghi di un illegittimo attivismo⁵⁶), dei Senatori⁵⁷, dei Presidenti americani⁵⁸.

4. Un criterio di classificazione distorto? La(e) Corte(i) Roberts tra judicial activism e judicial restraint

Attivismo e deferenza sono le categorie attraverso cui, nel XXI Secolo, viene analizzata la giurisprudenza della Corte Roberts che, secondo una certa interpretazione, «has strengthened and deepened the trends which were already evident in the Rehnquist

public in a *Fortune* magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court Justice on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justice Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the "Judicial Activists" and Justice Frankfurter, Jackson, and Burton as the "Champions of Self Restraint". Justice Reed and Chief Justice Vinson compromised a middle group".

⁵⁵ *Id.*, 1445: «One might expect that the term "judicial activism" first appeared in a respected judge's dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred on popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-layer».

⁵⁶ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 Cal Law Rev. 5, 2004, 1442: «During the 1990s, the terms "judicial activism" and "judicial activist" appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles. In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles--an average of more than 450 per year. Judges today are far more likely to accuse their colleagues of judicial activism: The term appeared in judicial opinions only twice 1960s, while judges found occasion to invoke it 262 times during the years».

⁵⁷ Cfr. *Press Release, Senator Patrick Leahy, Judiciary Committee Look at SCOTUS Rulings in Age Discrimination, Arbitration Cases*, 7 Ott. 2009, <http://www.leahy.senate.gov/press/leahy-judiciary-committee-look-at-scotus-rulings-in-age-discrimination-arbitration-cases>«[i]t is the very definition of judicial activism when a court imposes a rule of decision rejected by its own precedent and rejected by Congress». Analogamente, il Deputato Elijah E. Cummings, *Justice Scalia's Staggering Assertion of Judicial Activism*, The Hill 'S Cong. Blog, 28 Mar. 2013, <http://thehill.com/blogs/congress-blog/judicial/287037-justice-scalias-staggering-assertion-of-judicial-activism>: "is a staggering assertion of judicial activism the possibility of the Justices "dismiss[ing] the legitimacy of our votes in Congress" by striking down federal statutory provisions".

⁵⁸ Cfr., da ultimo, *Barack Obama: Remarks to the White House Press Pool and an Exchange with Reporters*, Am. Presidency Project, 28 Apr. 2010, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=87815>: «It used to be that the notion of a[n] activist judge was somebody who ignored the will of Congress, ignored democratic processes, and tried to impose judicial solutions on problems instead of letting the process work itself through politically. And in the sixties and seventies, the feeling was, is that liberals were guilty of that kind of approach. What you're now seeing, I think, is a conservative jurisprudence that oftentimes makes the same error».

Court» respingendo definitivamente «the New Deal doctrine of Thayerian judicial restraint»⁵⁹. Secondo alcuni Autori, essa si è fin da subito mostrata come una Corte attivista, raccogliendo il testimone lasciato da William Rehnquist in tema di federalismo, libertà religiosa e diritti individuali⁶⁰; si pensi, ad esempio, alle sentenze *Citizens United v. FEC* e *Shelby County v. Holder* che, in materia di voto, hanno rispettivamente dichiarato l'incostituzionalità di norme approvate con il consenso di entrambi i partiti (Bipartisan Campaign Reform Act - BCRA) o in vigore da quasi cinquanta anni (Voting Rights Act 1966)⁶¹. Altri Autori hanno osservato come la nuova maggioranza della Corte – ma in modo particolare i giudici Roberts e Alito – sembrerebbe poco incline a rispettare il vincolo dello stare decisis, mostrando così «a quite aggressive form of judicial activism»⁶². Altri ancora, infine, hanno associato l'attivismo degli attuali giudici ad una agenda conservatrice, accusandoli di un attivismo «selettivo»⁶³ o criticando l'uso di «strategie processuali» ideate al solo fine di raggiungere il risultato desiderato⁶⁴. E soprattutto sull'onda di quest'ultima lettura del posizionamento della Corte Roberts, Justice Ginsburg nel rinunciare al suo pensionamento aveva ritenuto necessaria la sua presenza quale possibile freno all'attivismo della Corte in quanto «if it's measured in

⁵⁹ S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 122 «The new Supreme Court, on which John Roberts replaced William Rehnquist and Samuel Alito replaced Sandra Day O'Connor was set to become the most activist Supreme Court in American history and certainly since 1935. The legacy of the Rehnquist Court was that because, thanks to Ronald Reagan's constitutional moment, the judicial restraint, Thayerian judicial review of the New Deal finally died and was buried. New originalist Supreme Court justices like Antonin Scalia, Clarence Thomas, Samuel Alito, Neal Gorsuch, Brett Kavanaugh, and Amy Coney Barrett picked to please the Ackermanian mass popular movement of evangelical and Catholic voters, drove the court in a whole new direction. (...) By 2020, it is fair to say that the New Deal doctrine of Thayerian judicial restraint is dead, dead, dead in the Supreme Court».

⁶⁰ W.S. GRIMES, *Judicial Activism In The First Decade Of The Roberts Court: Six Activism Measures Applied*, 48 *Southwestern L. Rev.* 37, 2019, 37: «The Roberts Court, like past activist Courts, was active in an identifiable ideological direction. Its activism may also be distinguished in its aggressive use of agenda manipulation, in its use of policy super precedents, and in ignoring or discounting the views of elected representatives at the local, state, or federal levels».

⁶¹ S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 136, «The court also struck down on federalism umpiring grounds certain provisions of the Voting Rights Act of 1966 in *Shelby County v. Holder* (2013). Finally, the Roberts Court as umpire of the political process, struck down key campaign finance laws in *Citizens United v. FEC* (2010). The Roberts Court's judicial activism and growth of judicial power was definitely in part a result of umpiring».

⁶² G.R. STONE, *The Roberts Court, Stare Decisis, and the Future of Constitutional Law*, 82 *Tulane Law Review* 1533, 2008, 1543: «For example, one might imagine that Roberts and Alito are committed to a passive judicial role, to a humble form of strict construction that rejects any semblance of judicial activism as a legitimate style of constitutional interpretation. Unfortunately, that theory does not fit the facts, for at least two of these five decisions evidenced a quite aggressive form of judicial activism».

⁶³ Cfr S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan: Liberal Champion*, Houghton Mifflin Harcourt, 2010, 102 citato da G.R. STONE, *Selective Judicial Activism*, 89 *Tex. L. Rev.* 2011, 1429: «the selective activism of Justices like Scalia, Thomas, Roberts, and Alito seems to be born out of “their prejudices and their respective pasts and self-conscious desires to join [Ronald Reagan and George W. Bush] in the Valhalla of liberty”». Sull'attivismo selettivo della Corte Roberts v. anche A.B. MORRISON, *Selective Judicial Activism in the Roberts Court*, GWU Legal Studies Research Paper No. 35, 2022, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4155547>.

⁶⁴ S. WHITEHOUSE, *Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court under Chief Justice Roberts*, 9 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 195, 2015, 210: «The evidence of the Roberts Court conservative bloc's corporate and partisan agenda is profound. The conservative justices have repeatedly planted ideological mines in one case to be detonated in later cases. They have used procedural strategy to set up decisions they wanted to reach».

terms of readiness to overturn legislation, this is one of the most activist courts in history»⁶⁵.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, tale giudizio appare quanto meno impreciso per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo occorre ricordare che, per effetto delle straordinarie circostanze che hanno permesso al Presidente Trump di incidere su ben un terzo della composizione della Corte, si può forse persino parlare di *due* Corti Roberts, distinguendo la giurisprudenza precedente alle nomine di Gorsuch, Kavanaugh e Barrett (2005-2020) da quella successiva. Su questo ha indiscutibilmente inciso, da un lato, il ruolo giocato per quindici anni all'interno della Corte da Justice Scalia e Justice Ginsburg che hanno definito i contorni di un equilibrio entro il quale, soprattutto nei casi più controversi e divisivi, spiccavano le posizioni moderate di Kennedy⁶⁶. Dall'altro lato, non si può non considerare il recente sbilanciamento a favore dell'ala conservativa della Corte (frutto soprattutto della sostituzione del seggio occupato dalla living constitutionalist Ginsburg⁶⁷ con l'originalista Barrett) che ha portato il Chief Justice Roberts ad accantonare il ruolo di «critical umpire» con cui si era descritto durante il proprio Confirmation hearing⁶⁸ per indossare i panni, più formali, di garante della credibilità istituzionale della Corte⁶⁹.

E da questo momento si può osservare come sia mutato l'approccio interpretativo ed argomentativo di Roberts, come risulta evidente confrontando le posizioni assunte nei casi *Obergefell v. Hodges* e *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Nel primo caso, il Chief Justice aveva guidato con forza il dissenso dell'anima originalista della Corte, ricordando che l'opinione di maggioranza «is an act of will, not legal judgment» perché, ai sensi della Costituzione, «judges have power to say what the law is, not what it should be»⁷⁰. Diversamente, in *Dobbs* Roberts non solo ha criticato «both the Court's

⁶⁵ A. LIPTAK, *Court Is 'One of Most Activist,' Ginsburg Says, Vowing to Stay*, NYT, 24 agosto 2013, riportato da K. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, in Law & Liberty, 8 aprile 2014, <https://lawliberty.org/is-the-roberts-court-the-least-activist-court-in-history/>.

⁶⁶ Cfr. A.N. NOLAN, K.M. LEWIS, V.C. BRANNON, *Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court*, CRS Report R45256, 11 luglio 2018, 2: «Unlike several other Justices on the Court, Justice Kennedy did not necessarily subscribe to a particular judicial philosophy, such as originalism or textualism. Instead, Justice Kennedy's judicial approach seemed informed by a host of related principles (...) Given Justice Kennedy's outsized role on the Roberts Court, whoever succeeds him could have an important influence on any number of areas of law. In particular, Justice Kennedy's votes were critical to the outcome of numerous Court decisions on matters relating to abortion, business law, civil rights, the death penalty, the regulation of elections, eminent domain, the environment, federalism, the First Amendment, gun rights, immigration, national security, oversight of the administrative state, and separation of powers».

⁶⁷ J. HOOVER, *Before Originalism Reigns, Ginsburg Fought for Living Constitution*, National Law Journal, 4 agosto 2023, <https://www.law.com/nationallawjournal/2023/08/04/before-originalism-reigned-ginsburg-fought-for-living-constitution/?slreturn=20231003114412>

⁶⁸ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States, Hearings before the Committee on the Judiciary*, United States Senate, 109th Congress, U.S. Government Printing Office, 2005, 55-56. «Judges and Justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don't make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ball game to see the umpire».

⁶⁹ M.B. DOUGHERTY, *Has Roberts Changed?*, in National Review, 30 giugno 2023, <https://www.nationalreview.com/corner/has-roberts-changed/>

⁷⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 US _ (2015) (Roberts's dissenting opinion).

opinion and the dissent» dal momento che entrambe le posizioni «display a relentless freedom from doubt on the legal issue that I cannot share»⁷¹, ma ha altresì cercato – per ragioni istituzionali – di trovare una improbabile quadratura del cerchio che permettesse di dichiarare legittima la legge del Mississippi sul divieto di aborto dopo quindici settimane senza, al contempo, attestare il totale overruling di *Roe v. Wade* e di *Planned Parenthood v. Casey*⁷².

In secondo luogo, se analizzati dal punto di vista empirico, i dati sulla giurisprudenza Roberts non paiono confermare l'accusa di judicial activism mossa da Justice Ginsburg. Una articolata ricerca statistica condotta da Whittington⁷³, infatti, evidenzia che la Corte Roberts «has struck down laws in 3.8 cases per year» mentre, al contrario, «the Burger Court struck down laws at a clip of about 20 cases per year»; in termini di comparazione generale rispetto alle Corti post-New Deal, pertanto, «the Supreme Court is now shockingly restrained»⁷⁴. Sebbene la ricerca sia stata condotta nel 2019, e quindi prima delle nomine effettuate dal Presidente Trump, le sue conclusioni, per quanto non aggiornate e non estendibili a priori all'intera Corte Roberts, sembrano quanto meno indicare come l'attivismo imputato alla prima Corte Roberts non

⁷¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US _ (2022) (Roberts's concurring opinion).

⁷² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). È interessante notare come l'approccio della concurring opinion di Roberts si fondi sul judicial restraint rispetto a precedenti che – a partire da *Roe v. Wade* – sancivano il diritto federale all'aborto da oltre 50 anni. Secondo il Chief Justice, infatti, «we should adhere closely to principles of judicial restraint here, where the broader path the Court chooses entails repudiating a constitutional right we have not only previously recognized, but also expressly reaffirmed applying the doctrine of stare decisis»; seguendo questo criterio, l'argomentazione del Chief Justice invitava la Corte ad aderire al «to a simple yet fundamental principle of judicial restraint: If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more». Roberts riconosce che «the viability line established by *Roe* and *Casey* should be discarded under a straightforward stare decisis analysis» dal momento che «That line never made any sense», ma ritiene, ugualmente, che ciò «[don't] requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe*» perché «following that “fundamental principle of judicial restraint,” we should begin with the narrowest basis for disposition, proceeding to consider a broader one only if necessary to resolve the case at hand». In definitiva, quindi, l'approccio di Roberts puntava a riconoscere la legittimità della legge del Mississippi attraverso il superamento del criterio della viability («overruling the subsidiary rule is sufficient to resolve this case in Mississippi's favor. The law at issue allows abortions up through fifteen weeks, providing an adequate opportunity to exercise the right *Roe* protects») e di lasciare ad un altro momento il problema della legittimità del diritto federale ad abortire riconosciuto da *Roe* sulla base del diritto alla privacy («recognize that the viability line must be discarded, as the majority rightly does, and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all»). La posizione di Roberts, in realtà, non sembra perfettamente coerente con sue le premesse. Come ricordato da Alito nella opinion di maggioranza, «we cannot embrace a narrow ground of decision simply because it is narrow; it must also be right». Il principale nodo costituzionale che ruota attorno alla questione dell'aborto negli Stati Uniti riguarda infatti la domanda se la Costituzione preveda o meno tale diritto e, sotto questo profilo, l'opinion di Roberts non si pronuncia; rimuovendo il criterio della viability senza al contempo rispondere al quesito su a chi spetti decidere, la posizione di Roberts finisce quindi per definire, e di conseguenza imporre giudiziariamente, un nuovo criterio che, pur compatibile con quello identificato dal legislatore Mississippi, vincola (analogamente alla viability) gli altri legislatori statali. In altri termini, come ricordato da K.C. WALSH, *The Elevation of Reality over Restraint in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 25, No. 3, 2023, 2, «In contrast with the abortion right ensconced in *Roe* and extended in *Casey*, Roberts's “reasonable opportunity to choose [abortion]” rule would have been a new right with a new rationale».

⁷³ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, 89 Notre Dame L. Rev. 2014, *passim*.

⁷⁴ K.E. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, cit.

corrisponda ai dati fattuali, perché, al contrario, «in terms of its demonstrated willingness to overturn legislation, this Court is perhaps the *least* activist U.S. Supreme Court – ever»⁷⁵. I dati raccolti da Whittington confermano una un'ulteriore ricerca condotta da Epstein e Martin nel 2009 sulla propensione dei giudici a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi statali e federali: «Roberts Justices» concludono i due autori «are neither uniform activists nor committed restraintists. Rather, the Justices' votes to strike (and uphold) statutes seem to reflect their political preferences toward the policy content of the law, and not an underlying preference for restraint (or activism)»⁷⁶.

Quest'ultima considerazione introduce nella terza ragione che renderebbe inconsistenti le critiche di judicial activism mosse alla giurisprudenza Roberts. Come ricordato in precedenza, judicial activism e judicial restraint sono termini che nascono nel solco del costituzionalismo americano per descrivere due letture tra loro alternative dei principi di indipendenza e irresponsabilità politica del giudiziario rispetto agli altri poteri costituzionali. Per i sostenitori del judicial activism il fatto che i giudici siano nominati a vita li rende più idonei a resistere ad indebite pressioni politiche della maggioranza e quindi più liberi di esercitare, anche evolutivamente, il potere di judicial review. I sostenitori della judicial restraint, al contrario, obiettano che, proprio in quanto non politicamente responsabili, i tribunali sono il luogo meno indicato per raccogliere ed invertere i mutamenti della coscienza sociale, dovendo tali decisioni essere lasciate alle political branches responsabili nei confronti del popolo. Entrambe le posizioni, pur muovendo da premesse in parte corrette, non riescono tuttavia a risolvere la countermajoritarian difficulty e finiscono irrimediabilmente per essere inglobate in valutazioni di natura essenzialmente politica. Attivismo e deferenza sono così divenuti i termini con cui l'opinione pubblica americana (oltre che la dottrina) misura le sentenze della Corte *a seconda dell'esito delle decisioni*.

Come già avvenuto in passato per la giurisprudenza Rehnquist⁷⁷, anche nei confronti della Corte Roberts i termini judicial activism/restraint sono divenuti formule lessicali per lo più prive di contenuti costituzionalmente rilevanti quanto, piuttosto, caricati di una valenza politico/ideologica, come emerso in occasione di alcuni landmark

⁷⁵ K.E. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, cit.

⁷⁶ L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, *Is the Roberts Court Especially Activist? A Study of Invalidating (and Upholding) Federal, State, and Local Laws*, 61 Emory L. J. 737, 2012, 738.

⁷⁷ Come acutamente rilevato da K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit., 2221-2222: «In the aftermath of the 1992 abortion rights decision of *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, authored by a trio of Reagan-Bush appointees, the conservative journal *First Things* sparked a firestorm with its "End of Democracy" symposium pondering whether a United States government dominated by an unrestrained Court had lost legitimacy. (...) Conservative politicians continue to rail against judicial activists, as evidenced by everything from bills introduced in Congress to party platforms to congressional hearings. Perhaps more notable has been the resurgence of critiques of judicial activism from the left. Over the past couple of decades, the left has rivaled the right in its perception of growing judicial activism. Symposia and panel discussions have been organized to analyze "conservative judicial activism." Trade books were written denouncing right-wing judicial activism. Liberal democratic politicians have begun to worry about judicial activism. Academic concerns with a growing "judicial supremacy" during the Rehnquist Court dovetailed with an emerging literature calling for a "popular constitutionalism" that would take the Constitution away from the Court—all of which amounts to a "new activist Court"».

cases della prima giurisprudenza Roberts quali quelli riguardanti il gay marriage⁷⁸, il diritto a portare armi⁷⁹, la riforma sanitaria⁸⁰, il diritto al voto⁸¹ e così via.

5. Alla ricerca di un diverso criterio. Originalism e/o Popular Constitutionalism

Quanto fin qui sostenuto potrebbe essere riassunto con le parole di un autorevole costituzionalista italiano, secondo il quale «attivismo e deferenza» sono ormai «categorie sociologiche segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche»⁸². La stessa dottrina americana, del resto, segnala da tempo l'inconsistenza di tali concetti; il *judicial activism*, ad esempio, è stato descritto come «a slippery term»⁸³ che «embody a variety of concepts»⁸⁴ risultando però, a ben vedere, «virtually empty»⁸⁵ al punto da prestarsi, naturalmente, ad essere riempito di significati squisitamente politici⁸⁶. E così, soprattutto ai giorni nostri, esso viene per lo più usato in mondo non neutrale come una «invettive»⁸⁷, ovvero sia come «a rhetorically charged way of saying that you disagree with a decision or think a decision is wrong»⁸⁸.

L'uso attuale del termine "judicial activism" si rivela pertanto non solo vano «in order to identify something that is measurable, relatively objective, and comparable across contexts»⁸⁹, ma finanche dannoso per la tenuta stessa del sistema democratico-costituzionale, perché ormai esclusivamente funzionale a rimproverare ai giudici di decidere «because of their political ideology, not because of how they interpret the Constitution»⁹⁰. In definitiva, piegando argomenti costituzionali su valutazioni o preferenze politico-valoriali, l'accusa di *judicial activism* finisce con l'alimentare essa stessa la polarizzazione politica, minando al contempo la legittimità istituzionale della Corte.

⁷⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁷⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

⁸⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

⁸¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁸² M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 40.

⁸³ F.H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, 73 U. Colo. L. Rev., 2002, 1401.

⁸⁴ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1443.

⁸⁵ R.E. BARNETT, *Is the Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Clause Cases*, 73 U. Colo. L. Rev. 2002, 1275.

⁸⁶ Cfr. B.C. CANON, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, 66 *Judicature* 236, 1983, 237.

⁸⁷ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit., 2226: «The term "judicial activism" is, of course, crude and unavoidably political. Judicial activism has long been a term of invective and thus is hard to use as a neutral description of judicial behavior».

⁸⁸ K. ROOSEVELT, *The Myth of Judicial Activism. Making Sense of Supreme Court Decisions*, HUP, 2004, 43.

⁸⁹ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit. 2226.

⁹⁰ T. RODIA, *What defines judicial activism? Not being an activist, says Kermit Roosevelt*, Penn Today, 15 luglio 2022, <https://penntoday.upenn.edu/news/what-defines-judicial-activism-not-being-activist-says-kermit-roosevelt>

Per comprendere il tema occorre allora osservarlo da un diverso angolo prospettico, spostando lo sguardo dalla presunta propensione dei giudici all’attivismo o alla deferenza giudiziale al tipo di interpretazione costituzionale usata per fondare le loro decisioni. Riannodando i fili del discorso, infatti, la *countermajoritarian difficulty* non riguarda esclusivamente la giustificazione democratica di decisioni contromaggioritarie, ma anche – e forse soprattutto – il rapporto tra «un *certo tipo* di volontà democratica (quella costituente) con un *altro tipo* volontà democratica (quella costituita)»; letto in questa luce, il problema del controllo di costituzionalità deve essere indagato non tanto osservando la propensione (personale o istituzionale) dei giudici ad assumere un atteggiamento di attivismo o deferenza nei confronti del volere della maggioranza politica, ma ragionando invece sullo scopo e – soprattutto – sui limiti di una istituzione chiamata a difendere la supremazia della Costituzione sulle leggi, ovverosia «a preservare la volontà espressa nel patto costituzionale sulle contingenti manifestazioni di volontà legislativa»⁹¹.

La prevalenza della maggioranza costituente su quella costituita subordina quindi la legittimazione (e la legittimità) del controllo di costituzionalità vincolando i giudici alla concreta fedeltà al testo della Costituzione, perché, se le decisioni della Corte devono essere «*neither force nor will, but merely judgment*»⁹², occorre che esse si limitino a rilevare quanto la volontà costituente ha effettivamente previsto. In questa prospettiva, il dilemma contromaggioritario ci costringe a rivolgere lo sguardo alle teorie interpretative della Costituzione, nel tentativo di ricercare i limiti del potere interpretativo dei giudici, in assenza dei quali la loro azione finisce inevitabilmente per imporre certe visioni morali, politiche e sociali a quelle dei rappresentanti del popolo, mettendo con ciò a repentaglio la legittimità stessa del *judicial review*⁹³.

Il tema della interpretazione, e della teoria della Costituzione che lo sorregge, è notoriamente oggetto di riflessione da parte della dottrina giuridica da molti secoli. Benché non sia questa la sede per ripercorrerne gli sviluppi nella loro interezza, si ritiene tuttavia utile provare a ragionare su due teorie costituzionali (il *new originalism* e il *popular constitutionalism*) che, negli ultimi decenni, hanno provato a dare risposta ai quesiti ora ricordati. L’originalismo costituisce infatti una teoria interpretativa che gode oggi (soprattutto nella sua formulazione “*original public meaning originalism*”⁹⁴) di un

⁹¹ Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, Giuffrè, 2023, 186-187: “La prima questione è quella, classica, della *countermajoritarian difficulty*, cioè se in sistemi democratici si possa ammettere legittimazioni non democratiche (...). A ben vedere, infatti, rigidità e controllo di costituzionalità servono a preservare la volontà democratica manifestatasi col patto costituzionale, patto che la stessa volontà democratica ha riservato alla prevalenza sulle contingenti manifestazioni di volontà legislativa. Né così interviene un paradossale rovesciamento del generale principio della poeriorità della volontà successiva rispetto a quella precedente, poiché quel che si verifica è semplicemente la prevalenza di un *tipo* di volontà democratica (quella costituente) su un altro *tipo* di volontà democratica (quella costituita), che lascia sempre aperta la porta della riedizione della volontà del primo tipo attraverso la riedizione di atti costituenti”.

⁹² A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

⁹³ Sul tema, mirabilmente, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

⁹⁴ La fortuna dell’originalismo in America dipende anche dalla continua evoluzione a cui è soggetta tale teoria; nel descriverne lo sviluppo, L.B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, (2011). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2011, 1353 ss. individua infatti almeno tre macro-tipologie (*original intentions originalism*; *original public meaning originalism*; *original methods originalism*), ritenendo che «*different versions of originalism offer different*

ampio consenso all'interno della dottrina – non solo di area conservativa – e anche, per quel che qui più conta, nella maggioranza della Corte Roberts. È quindi a partire da tale teoria che si vuole indagare la risposta dell'attuale Corte suprema al dilemma contromaggioritario e comprendere così, più a fondo, le ragioni di talune decisioni. Accanto all'originalismo, non bisogna poi dimenticare la teoria costituzionale del popular constitutionalism, elaborata per mettere in luce i limiti intrinseci della judicial supremacy all'interno del sistema costituzionale americano. Nata all'inizio del nuovo millennio, essa si propone di sottrarre ai giudici supremi il ruolo di ultimo interprete della Costituzione per restituirlo al popolo, dal momento che, per usare le parole di Larry Kramer, «The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are»⁹⁵.

Originalismo e popular constitutionalism sono teorie costituzionali con una diversa data di nascita così come diverse sono le premesse da cui partono e le conclusioni a cui giungono. Innanzitutto, l'originalismo si sviluppa come reazione conservatrice al living constitutionalism della giurisprudenza Warren⁹⁶, mentre il popular constitutionalism ricomprende un vasto numero di studiosi di area liberal preoccupati per l'attivismo giudiziale delle Corti Rehnquist e Roberts⁹⁷. In secondo luogo, se gli originalisti guardano

accounts of the determinants of original meaning» (28). Esistono dunque differenti tipologie di originalisti, al punto che, come sostenuto da C.R. SUNSTEIN, *Originalism*, 93 Notre Dame L. Rev. 1671, 2018, 1673., «today's originalism is not your grandfather's originalism, or even your father's, and probably not your older sister's».

⁹⁵ L. KRAMER, *The People Themselves. Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford, 2004, 248. Nella teoria di Kramer, il popular constitutionalism afferisce ad un metodo interpretativo della Costituzione in voga fin dal principio nel sistema costituzionale americano che si contrappone al legal constitutionalism; come ricordato in L. KRAMER, *Popular Constitutionalism*, 92 Cal. L. Rev. 4, 2004, 959: “American constitutional law has, practically from the start, consisted of a struggle between two principles, which we can call “popular constitutionalism” and “legal constitutionalism.” In a system of popular constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law. Legal constitutionalism, in contrast, relocates final authority to interpret and enforce fundamental law in the judiciary. Although both principles have been with us from nearly the beginning, popular constitutionalism came first and was dominant for most of American history-leaving the judiciary, like the political branches, subject to ultimate supervision by “the people themselves””.

⁹⁶ Come noto, Il termine “originalismo” è entrato con una certa costanza all'interno del dibattito americano in epoca reaganiana a seguito del famoso discorso tenuto nel 1985 dall'Attorney general Edwin Meese. È proprio a tale discorso che l'originalismo deve forse la sua fortuna politica; contrapponendosi alla teoria del living constitutionalism, esso è stato presentato come una risposta all'attivismo giudiziale delle Corti Warren e Burger. Almeno inizialmente molti giuristi conservatori hanno così abbracciato tale dottrina per sostenere le loro idee, e l'originalismo è stato descritto come «a political practice» (R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 Fordham L. Rev. 545 2006) o una «post-hoc rationalization for conservative political goals» (L.E. SAWYER III, *Principle and Politics in the New History of Originalism*, 57 Am. J. Legal Hist., 2017, 209). Tuttavia, incasellare il pensiero originalista in una strategia volta esclusivamente a perseguire un certo risultato politico o valoriale risulta essere oggi più complesso, per le ragioni che si è cercato di illustrare in L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in DPCE, 2/2021, 499 ss.

⁹⁷ L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, 87 Notre Dame L. Rev. 253, 2013, 284: «Popular constitutionalism is the umbrella label for a family of constitutional theorists (...) Beginning with the Burger Court, and more earnestly with the Rehnquist Court, the perception arose among liberal legal academics that the Supreme Court was conservative and was likely to remain so for the foreseeable future. This caused liberal legal academics to seriously question the claims of judicial power accepted since the Warren Court. As a result, many liberal legal academics have returned to their intellectual home in the form of popular constitutionalism».

alla storia per determinare «the fixed original meaning of the Constitution» respingendo con forza ogni tipo di interpretazione creativo/evolutiva, il popular constitutionalism si occupa invece di ricercare i momenti in cui la norma costituzionale è stata influenzata dagli sviluppi storici; l'originalismo è così descritto come «a *method* of constitutional interpretation», mentre il popular constitutionalism è piuttosto «a *process* of constitutional interpretation» che si svolge al di fuori delle Corti e che riguarda «elaborating constitutional meaning in this political realm»⁹⁸. Come ricordato dallo storico Saul Cornell, «popular constitutionalism was, and remains, closer in spirit to modern ideas of a living constitution and is therefore ultimately incompatible with all forms of originalism»⁹⁹.

Nonostante le differenze che separano le due teorie, entrambe condividono però la preoccupazione per un eccessivo esercizio della judicial review da parte dei giudici supremi. Obiettivo comune, infatti, è quello di mettere in guardia i sistemi costituzionali dal rischio che le Corti comincino ad operare promuovendo certi *programmi* o certe *politiche* senza limitarsi a controllare e rispondere a specifici abusi da parte del legislatore, trasformando la judicial review in judicial supremacy o judicial sovereignty¹⁰⁰.

Nel sistema americano, tale preoccupazione contraddistingue sia il lavoro dei popular constitutionalists che dei primi originalisti. Larry Kramer, ad esempio, identifica la judicial supremacy come un nemico del costituzionalismo, perché essa implica che i giudici (e solo loro) abbiano l'ultima parola nel definire il significato di norme costituzionali che sono invece scritte per tutti¹⁰¹. Non troppo distante è il pensiero espresso dal procuratore generale Edwin Meese II in un famoso discorso del 1986 da molti considerato come fondamentale per la nascita dell'originalismo e secondo il quale

⁹⁸ R.E. ZIETLOW, *Popular Originalism - The Tea Party Movement and Constitutional Theory*, 64 Fla. L. Rev. 483, 2012, 499: «Originalism is a method of constitutional interpretation that focuses on what the Constitution and its amendments meant at the time they were adopted. 98 Originalists believe that meaning is both fixed and binding. Popular constitutionalism is a process of constitutional interpretation that occurs outside of the courts. Unlike originalism, popular constitutionalism allows for the possibility that constitutional meaning may change over time because it involves “elaborating constitutional meaning in this political realm”».

⁹⁹ S. CORNELL, *Heller, New Originalism, and Law Office History: “Meet the New Boss, Same as the Old Boss”*, 56 UCLA L. Rev. 1095, 1103, 2009, 1103.

¹⁰⁰ Così J. WALDRON, *The rule of law and the role of courts*, in *Global Constitutionalism*, 10(1), 101: «there is a danger that judicial review will tilt towards judicial sovereignty if courts begin to present themselves as pursuing a coherent program or policy, rather than just responding to particular abuses identified as such by a bill of rights – one by one, as they crop up».

¹⁰¹ L. KRAMER, *The People Themselves. Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford, 2004, 125: «judicial supremacy [is] the notion that judges have the last word when it comes to constitutional interpretation and that their decisions determine the meaning of the Constitution for everyone». In un precedente scritto, che costituisce il fondamento del suo lavoro successivo, l'A. utilizza anche il termine (poi abbandonato) di judicial sovereignty: L. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court*, 115 Harv. L. Rev. 4, 2001, 13: «There is... a world of difference between having the *last* word and having the *only* word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions. Nothing in the doctrine of judicial supremacy, in other words, requires denying either that the Constitution has qualities that set it apart from ordinary law, or that these qualities confer legitimate interpretive authority on political actors as a means of ensuring continued popular input in shaping constitutional meaning».

«constitutional interpretation is not the business of the Court only, but also properly the business of all branches of government»¹⁰². Analogamente, la necessità di delimitare i poteri della Corte suprema è rinvenibile anche nei lavori di Bork¹⁰³ e Scalia¹⁰⁴, laddove invece – qualche anno prima di Kramer – pensatori liberal come Mark Tushnet o Cass Sustein hanno rispettivamente sostenuto la necessità di «eliminare»¹⁰⁵ o quanto meno «limitare»¹⁰⁶ il ruolo dei giudici nell’interpretazione di casi che comportano conseguenze sociali rilevanti per la vita del paese. Ma anche al di fuori del sistema americano, il problema dell’equilibrio tra judicial review e judicial supremacy è segnalato da Jeremy Waldron per descrivere le trasformazioni dei sistemi costituzionali; se la prima «can operate as a modest restraining power», la seconda implica piuttosto che «judges should be supreme or even sovereign in the polity and all powers in the constitution should be subordinated to them»¹⁰⁷. Similmente, Richard Bellamy ha usato tale concetto per sviluppare l’idea del political constitutionalism, sostenendo che «rights-based judicial review of legislation by constitutional courts has long been criticised as undermining democracy, particularly when it involves a strike down power and a claim to judicial supremacy»¹⁰⁸.

Pur rimandando distanti sia sul piano delle premesse teoriche quanto su quello delle conseguenze pratiche, come testimoniato dai lavori, e in alcuni casi anche dagli orientamenti politici, degli autori che afferiscono all’una o all’altra dottrina¹⁰⁹, sia l’originalismo che il popular constitutionalism sembrano interrogarsi profondamente sul ruolo dei giudici nel quadro complessivo dei poteri costituzionali, mettendo a fuoco il problema della judicial supremacy come uno dei punti nevralgici del costituzionalismo contemporaneo.

6. La (seconda) Corte Roberts tra originalismo e judicial supremacy

Tanto l’originalismo quanto il popular constitutionalism possono essere considerate teorie nate in reazione ad una certa deriva giurisprudenziale che, non limitandosi a denunciare l’attivismo dei giudici, si sforzano di ricostruirne le ragioni storiche, traendo dallo sviluppo del costituzionalismo americano una dottrina costituzionale capace di arginare il potere di judicial review. In questo modo, esse spostano l’attenzione dalla *specificata attitudine* di una o più Corti a dichiarare l’incostituzionalità delle leggi, ai *limiti costituzionali* che definiscono tale potere, focalizzandosi cioè sulla trasformazione della

¹⁰² EDWIN MEESE II., *Law of the Constitution*, 61 Tul. L. Rev., 1986-1987, 983.

¹⁰³ R. BORK, *The Tempting America. The Political Seduction of Law*, Macmillan, New York, 1990.

¹⁰⁴ A.J. SCALIA, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, New York, 1997.

¹⁰⁵ M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.

¹⁰⁶ C.R. SUSTEIN, *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 2001.

¹⁰⁷ J. WALDRON, *Judicial Review and Judicial Supremacy*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-57, 2014, 4 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2510550>.

¹⁰⁸ R. BELLAMY, *The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments*, Representation, 49:3, 2013, 333.

¹⁰⁹ Cfr. da L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, cit., 254.

judicial review of legislation in judicial supremacy. È quindi in questa luce che occorre giudicare le recenti decisioni della attuale Corte suprema, soprattutto dopo che, a seguito delle nomine decise da Trump, la maggioranza del collegio pare oggi orientata a ricercare l’original public meaning delle disposizioni costituzionali, ovverosia «the objective legal construct (...) which judges a person’s actions based on whether an ordinary person would consider them reasonable, given the situation»¹¹⁰. La domanda che si pone è se, attraverso la teoria originalista, la Corte suprema sarà capace di porre un limite all’espansione interpretativa che, almeno negli ultimi decenni, sembra aver condizionato lo sviluppo del costituzionalismo americano.

Numerosi sono gli elementi che complicano il tentativo di rispondere a questo interrogativo. In primo luogo, la teoria originalista/testualista è tutt’altro che un corpo monolitico di canoni interpretativi univoci, ma si divide – anche all’interno della Corte – in orientamenti tra loro diversi. In secondo luogo, la storia americana insegna che non sempre le decisioni assunte dai giudici rispecchiano i convincimenti politici che ne hanno giustificato la nomina e anzi, in più di una occasione, è accaduto che candidati scelti da Presidenti repubblicani abbiano finito per appoggiare le decisioni dei loro colleghi progressisti¹¹¹; può pertanto accadere, come già anticipato descrivendo la figura del Chief Justice Roberts, che in nome della stabilità interna al collegio i giudici possano mutare il loro orientamento. Infine, le nomine di Kavanaugh e (soprattutto) di Barrett sono piuttosto recenti, e ciò rende più complesso definire in modo chiaro gli equilibri all’interno della Corte e trarre, da essi, conclusioni definitive circa l’approccio interpretativo che essa intenderà assumere in futuro.

Proprio il combinato disposto di questi fattori ha fatto sì che, negli ultimi anni, anche la stessa maggioranza originalista della Corte si sia talvolta trovata a dissentire sulla corretta interpretazione delle disposizioni relative alla risoluzione dei casi concreti. Paradigmatica, in proposito, è la sentenza *Bostock v. Clayton County*¹¹² che ha risolto a favore dei ricorrenti una serie di controversie legate alla discriminazione sui luoghi di lavoro rispetto all’orientamento sessuale. Il caso è emblematico perché segna una divisione nel fronte conservatore ma anche un’ulteriore frattura tra i giudici originalisti che si professano eredi di Scalia¹¹³; per Gorsuch (estensore della opinion di maggioranza supportata dai voti di Roberts, Ginsburg, Kagan, Sotomayor e Breyer) le parole «because of (...) sex» contenute nel Title VII del Civil Rights Act¹¹⁴

¹¹⁰ S.G. CALABRESI, *On Originalism in Constitutional Interpretation*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>.

¹¹¹ Esempio, sotto questo profilo, è la figura di Earl Warren che, scelto come Chief Justice dal Presidente Eisenhower, si è poi rivelato un campione del living originalism progressista, portando lo stesso Eisenhower a giudicare tale nomina come «il più grande errore» della sua presidenza.

¹¹² *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US, 2020.

¹¹³ Come giustamente osservato da N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. Cost.*, 4, 2020, 839-840: «la pronuncia è interessante (...) dal punto di vista della teoria dell’interpretazione, perché rivela l’esistenza di una controversia nel seno stesso della corrente originalista-testualista attualmente maggioritaria nel collegio» e «dal punto di vista degli equilibri interni alla Corte, perché il testualismo viene utilizzato per ottenere risultati inattesi, e maggiormente graditi ai giudici liberal».

¹¹⁴ A norma del quale è proibito «discriminat[ing] against any individual with respect to h[er] compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin».

ricomprendono discriminazioni lavorative fondate sull’orientamento sessuale, poichè il licenziamento di una persona omosessuale o transessuale comporta, logicamente, una discriminazione che coinvolge il loro sesso. Al contrario, per Alito e Kavanaugh, la decisione altro non sarebbe che una «nave pirata» che, «innalzando un vessillo testualista», maschererebbe l’intenzione di aggiornare il testo legislativo per trarne significati più conformi all’attuale contesto sociale¹¹⁵, frutto di un’interpretazione letteralista e non originalista delle disposizioni¹¹⁶. Al di là dell’esito della controversia, la spaccatura tra Gorsuch, da un lato, e Kavanaugh e Alito, dall’altro, mostra un disaccordo che, nel travalicare il caso di specie, interroga la natura stessa della teoria originalista; mentre il primo pare appoggiarsi sulla dottrina del living originalism di Balkin¹¹⁷ curvando la lettura testualista ad una interpretazione che meglio si attaglia allo spirito dei nostri giorni, i secondi pongono l’accento sul centro della teoria dell’original public meaning, rilevando come il lavoro dei giudici dovrebbe limitarsi a ricavare l’ordinary meaning delle disposizioni, ovvero «to tell us what the words of the law conveyed to reasonable people at the time»¹¹⁸. La sentenza *Bostock* non è rimasta un caso isolato, e altre circostanze paiono timidamente confermare che l’attuale maggioranza non sembra poi così monolitica rispetto alle tecniche interpretative utilizzare per risolvere i casi¹¹⁹.

¹¹⁵ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Alito dissenting): «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory of statutory interpretation that Justice Scalia excoriated—the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society».

¹¹⁶ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Kavanaugh dissenting): «The difference between literal and ordinary meaning becomes especially important when—as in this case—judges consider *phrases* in statutes. (Recall that the shorthand version of the phrase at issue here is “discriminate because of sex.”) Courts must heed the ordinary meaning of the *phrase as a whole*, not just the meaning of the words in the phrase. That is because a phrase may have a more precise or confined meaning than the literal meaning of the individual words in the phrase. (...) Judges adhere to ordinary meaning for two main reasons: rule of law and democratic accountability. A society governed by the rule of law must have laws that are known and understandable to the citizenry. And judicial adherence to ordinary meaning facilitates the democratic accountability of America’s elected representatives for the laws they enact. Citizens and legislators must be able to ascertain the law by reading the words of the statute. Both the rule of law and democratic accountability badly suffer when a court adopts a hidden or obscure interpretation of the law, and not its ordinary meaning».

¹¹⁷ È questa l’opinione di J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Per Curiam, No. 13, 2023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4430219>: «Justice Gorsuch’s majority opinion was Balkinian through and through. It relied on the semantic meaning of the words constituting the phrase “discriminat[ion] . . . because of . . . sex” drawn from dictionary definitions, and it rejected as “irrelevant” “whether a specific application was anticipated by Congress,” arguing that reliance on expected applications “impermissibly seeks to displace the plain meaning of the law in favor of something lying beyond it.” Rather, what mattered was that those living today could discern that the anti-discrimination principle embodied in Title VII – understood at a high level of generality based on semantic meaning – prohibited sexual-orientation and gender-identity discrimination».

¹¹⁸ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Alito dissenting).

¹¹⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso *Nin-Chavez v. Garland* 593 U.S. __ (2021) in cui la Corte ha difeso i diritti di un immigrato irregolare ancorando la decisione ad una lettura strettamente testualista dell’articolo indeterminativo “a”. Il caso, naturale prosecuzione di *Pereira v. Sessions* 585 U.S. __2018 riguardava l’interpretazione della c.d. stop-time-rule relativa alla deportazione degli stranieri. Il diritto dell’immigrazione stabilisce infatti che gli stranieri possano sanare la loro situazione qualora dimostrino di aver abitato negli Stati Uniti per almeno dieci anni continuativi, ma il governo federale ha la facoltà di interrompere tale periodo inviando all’interessato «a notice to appear». Nel caso in esame

Un secondo esempio che svela i diversi approcci dei giudici alla teoria dell’originalismo è quello relativo all’utilizzo dei precedenti, soprattutto quando questi ultimi sono fondati su interpretazioni evolutive del testo costituzionale¹²⁰; pur con autorevoli eccezioni¹²¹, la maggior parte degli studiosi concorda nel ritenere compatibile l’originalismo con il principio dello stare decisis. Le posizioni si diversificano, invece, con riferimento al grado (forte o debole) di vincolatività dei precedenti che rimane oggetto di dispute irrisolte¹²². Nota, a questo riguardo, è la differente lettura di Scalia e Thomas della dottrina dello stare decisis; se il primo, pur critico, l’ha utilizzata nelle proprie decisioni ritenendo che, nella sua declinazione pragmatica, l’originalismo «must accommodate the doctrine» in quanto «it cannot remake the world anew»¹²³, il secondo ha sempre manifestato una posizione più rigorosa, dichiarando anche recentemente che «when faced with a demonstrably erroneous precedent, my rule is simple: We should not follow it»¹²⁴.

Il tema è certamente rilevante; soprattutto negli ultimi term, la Corte suprema è infatti stata sollecitata a pronunciarsi sull’overruling di precedenti in materia di libertà religiosa¹²⁵, confini dello stato amministrativo¹²⁶, affirmative action¹²⁷, e così via, sulle quali l’attuale maggioranza non sembra aver sempre assunto una posizione univoca; se Thomas ha più volte rimarcato la sua posizione¹²⁸, Alito pare maggiormente incline a

l’amministrazione aveva notificato a Nin-Chavez il provvedimento in due diversi documenti, un primo indicante genericamente il removal order e un secondo contenente la data e il luogo del procedimento. La duplicità della documentazione inviata viola, secondo la Corte, le disposizioni di legge perché, «to an ordinary reader “a” notice would seem to suggest just that: “a” single document containing the required informations, not a mishmash of pieces with some assembly required». Gorsuch svela così il rigore metodologico che orienta la sua interpretazione originalista-testualista; per quanto possa sembrare singolare fondare l’intera decisione sul significato di un’unica parola, «words are how the law constrains power» e ciò deve valere – a maggior ragione – qualora il governo eserciti il proprio imperio nei confronti di singoli cittadini. Anche in questo caso, come in *Bostock v. Clayton County*, alla maggioranza conservativa si è aggiunta (condividendo quindi una interpretazione testualista del caso) l’ala liberal della Corte.

¹²⁰ Sul punto, nella dottrina italiana, v. G. ROMEO, *Interpretazione costituzionale di common law*, Giappichelli, Torino, 2020, in par. 206 ss.; A. PIN, *Precedente mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Padova, 2017.

¹²¹ G.S. LAWSON, *Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited*, 5 Ave Maria L. Rev. 1, 2007 1 ss.; M.S. PAULSEN, *The Intrinsicly Corrupting Influence of Precedent*, 22 Const. Comment 289, 2005, 289 ss.

¹²² Sul punto v. (tra gli altri) J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, 103 Nw. U.L. Rev. 803, 2009, 803 ss.; W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, 115 Colum. L. Rev. 2349, 2015, 2349 ss.

¹²³ A.J. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, cit., 138.

¹²⁴ *Gamble v. United States* 587 U.S. __2019.

¹²⁵ Cfr. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

¹²⁶ Cfr. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984)

¹²⁷ Cfr. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

¹²⁸ L’opinione di Thomas è espressa in modo lineare nella già citata *Gamble v. United States* 587 U.S. __2019, ma emerge in modo costante nella sua giurisprudenza. Ad esempio, in tema di I Emendamento, Thomas è da sempre contrario ad una interpretazione estensiva della incorporation del XIV emendamento, ritenendo al contrario che l’Establishment clause non possa vincolare gli Stati, dal momento che «The text and history of the Establishment Clause strongly suggest that it is a federalism provision intended to prevent Congress from interfering with state establishments. Thus, unlike the Free Exercise Clause, which does protect an individual right, it makes little sense to incorporate the Establishment Clause» (*Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 2004). Analogamente, Thomas è contrario alla deferenza interpretativa consentita alle agency amministrative sulla scorta della Chevron doctrine, e ha espresso più di una volta negli ultimi anni la sua volontà di superare il pronunciamento *Chevron v. NRDC*. Da ultimo, l’esempio più

seguire un orientamento che considera l’overruling solo nei casi in cui ciò sia espressamente richiesto dalle parti¹²⁹, e Barrett sembra al momento essersi mossa con ancor maggiore cautela. In *Fulton v. Philadelphia*, ad esempio, la Corte ha risolto a favore del ricorrente un conflitto tra la città di Philadelphia e il *Catholic Social Services* fornendo una raffinata interpretazione della *Free Exercise Clause* che ha evitato l’overruling del controverso caso *Employment Division v. Smith*¹³⁰. Interessante, a questo riguardo, è la concurring opinion di Justice Barrett che, pur avendo in passato esposto le sue ragioni a favore di «a weak presumption of stare decisis»¹³¹, ha ritenuto non necessario procedere con l’overruling di *Smith* dal momento che, sebbene tale precedente ponga più di un dubbio interpretativo sia sotto il profilo storico che testuale, «we need not wrestle with these questions in this case, though, because the same standard applies regardless whether *Smith* stays or goes»¹³².

Ciò non toglie che, soprattutto di recente, la Corte suprema abbia preso decisioni fortemente contestate, assumendosi la responsabilità di risolvere problematiche che, da ormai diversi decenni, toccano tematiche sensibili e polarizzanti per la vita dell’intero paese. Ed è soprattutto rispetto a tali decisioni che la capacità dell’originalismo di

significativo dell’approccio di Thomas sullo stare decisis emerge nella sua concurring nel caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* in cui Thomas «called for reconsidering major substantive due process cases like *Griswold v. Connecticut* (right to contraception), *Lawrence v. Texas* (right to engage in sodomy), and *Obergefell v. Hodges* (right to same-sex marriage), even though the parties had not asked the Court to do so and the Court had gone out of its way to avoid calling those cases into question» (cfr. J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, cit., 5).

¹²⁹ Cfr. J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, cit. 4-5: «Justice Alito – though not specifically addressing Justice Thomas’s view – has suggested that he disagrees with this “narrow view of stare decisis” and instead applies what have become conventional factors for determining whether to overrule precedent (...) Justice Alito has repeatedly made clear his view that, as a general matter, the Court should not reexamine precedents unless one of the parties has asked the Court to do so. He criticized the Court for ignoring this practice in his dissent in *Arizona v. Gant* (...) and while agreeing that Justice Thomas’s concurring opinion in *Perez v. Mortgage Bankers Association* raised “substantial reasons why” deference to administrative agencies’ interpretation of their own regulations might be unconstitutional, he declined to join Justice Thomas’s concurrence arguing against such deference because he wanted “full briefing and argument” on the issue».

¹³⁰ *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021). Il caso riguardava una controversia in materia di adozione dei minori sorta tra la città di Philadelphia e un ente privato legato alla diocesi cattolica (*Catholic Social Service*) che, nell’ambito del *foster-care service* convenzionato con la municipalità, si era rifiutato di certificare come possibili famiglie affidatarie quelle composte da persone sposate dello stesso sesso. Accogliendo le ragioni del ricorrente, la Corte ha ritenuto che il rifiuto di Philadelphia di stipulare un contratto con la CSS per la fornitura di servizi di assistenza all’infanzia, a meno che la CSS non accetti di certificare coppie dello stesso sesso come genitori affidatari, viola la Clausola del Libero Esercizio del Primo Emendamento.

¹³¹ A.C. BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 Tex. L. Rev., 2012-2013, 1711.

¹³² *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021) (Barrett concurring). L’opinion di Barrett sembra così accogliere l’insegnamento di Scalia ad approcciarsi pragmaticamente al tema dello stare decisis, e ricordato dalla stessa Barrett in A.C. BARRETT, *Originalism and Stare Decisis*, 92 Notre Dame L. Rev. 1921, 2017, 1942: «The Court also decides how much precedent to unsettle when it decides how broadly to write an opinion: there are sometimes disputes about whether the Court should overrule a precedent outright or merely narrow it and leave the question whether it should be overruled for another day (or never).⁹⁸ These choices are not best understood as choices about the strength of stare decisis. They are better understood as choices about whether to put the merits of precedent on the agenda, thereby forcing the Court to consider whether stare decisis should hold the precedent in place». Di diverso avviso le concurring di Alito e Gorsuch che, pur concordando con la maggioranza sull’esito della decisione, ritengono al contrario necessario procedere con l’overruling di *Smith*.

rispondere al problema della judicial supremacy deve essere analizzata, perché è proprio in relazione a tali casi che le critiche alla Corte suprema si sono fatte più marcate.

Si pensi alle sentenze *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* e *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*¹³³ entrambe decise nello stesso term con una maggioranza (6-3) che segna in modo chiaro la polarità attualmente presente in Corte. I casi sono stati ferocemente criticati al di qua e a di là dell’oceano¹³⁴ come un esempio di «living traditionalism»¹³⁵ o «radical judicial activism»¹³⁶ che usa l’originalismo come «a false flag»¹³⁷ o «an hollow shell»¹³⁸ per «ventriloquize historical sources»¹³⁹ e promuovere «a right-wing political agenda»¹⁴⁰. *Dobbs*, in particolare, è descritta come l’esito di una elaborata strategia politica che, sul piano della interpretazione costituzionale, invalida oltre cinquant’anni di precedenti finendo (persino) per assumere la forma di «living constitutionalism that makes our constitutional order less democratic»¹⁴¹, laddove *Bruen*, allargando le maglie del II Emendamento,

¹³³ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022); *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022).

¹³⁴ Data la loro importanza, le sentenze *Bruen* e *Dobbs* sono state oggetto di ampio dibattito anche nella dottrina italiana. Senza alcuna pretesa di completezza, si veda in particolare il ricco dibattito su *Originalismo e Costituzione* aperto dalla lettera AIC 7/2002 di C. CARUSO e proseguito poi con gli interventi di L.P. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D’AMICO, G. RAZZANO, F. PEDRINI, C. VALENTINI, C. BOLOGNA (<https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>). Su *Dobbs* si rimanda anche alla Special Issue con diversi contributi a cura di L. BUSATTA, M.P. IADICICCO, B. LIBERALI, S. PENASA, M. TOMASI, *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*, in *Biolaw Journal*, 1, 2023; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. Regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Giappichelli, Torino, 2023; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritti Comparati*, 14 luglio 2022; V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2022, 1423 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all’aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2 novembre 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*, 3, 2022, 1609 ss.

¹³⁵ G. SHERIF, *Living Traditionalism*, 98 N.Y.U. L. Rev. (forthcoming 2023), 98 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4366019>.

¹³⁶ B. OLINSKY, *The Supreme Court’s Extreme Majority Risks Turning Back the Clock on Decades of Progress and Undermining Our Democracy*, American Progress, 13 giugno 2022, <https://www.americanprogress.org/article/the-supreme-courts-extreme-majority-risks-turning-back-the-clock-on-decades-of-progress/>

¹³⁷ N. FELDMAN, *Supreme Court ‘Originalists’ Are Flying a False Flag*, in Bloomberg, 17 luglio 2002, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-07-17/supreme-court-s-conservative-originalists-are-flying-a-false-flag#xj4y7vzkg>

¹³⁸ D.H. GANS, *This Court Has Revealed Conservative Originalism to Be a Hollow Shell*, the Atlantic, 20 luglio 2022, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/07/roe-overtuned-alito-dobbs-originalism/670561/>

¹³⁹ R. SIEGEL, *Dobbs, the Politics of Constitutional Memory, and the Future of Reproductive Justice*, the Balkinization - 20th Anniversary Symposium, 22 gennaio 2023, <https://balkin.blogspot.com/2023/01/dobbs-politics-of-constitutional-memory.html>.

¹⁴⁰ M. WALDMAN, *Originalism Run Amok at the Supreme Court*, 28 giugno 2022, Brennan Center for Justice, <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/originalism-run-amok-supreme-court>. Analogamente anche V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, cit., 1423 secondo cui «lette congiuntamente, le decisioni possono ritenersi una sorta di manifesto dell’ideologia conservatrice dell’attuale maggioranza».

¹⁴¹ È questa l’opinione di R.B. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs’s Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, 101 Texas Law Review 1127, 2023, 1134:

porterebbe a compimento una specie di rivoluzione conservatrice¹⁴² nascondendola «dietro lo standardo del judicial selfrestraint e della strict interpretation»¹⁴³.

Per quanto autorevoli, le posizioni qui riportate prestano però il fianco all’equivoco già ricordato in precedenza; se la countermajoritarian difficulty è letta solamente in forza del judicial activism/restraint dei giudici, il criterio interpretativo utilizzato finisce inevitabilmente per ripiegarsi sull’esito delle decisioni e sconfinare in valutazioni di natura politico-valoriale. L’inconsistenza del termine judicial activism risulta particolarmente evidente quando – come in questo caso – le sentenze *Dobbs* e *Bruen* sono lette congiuntamente; se giudicate alla luce della propensione della Corte a dichiarare l’incostituzionalità delle leggi, l’opinion di Alito in *Dobbs* può essere rubricata come un caso di judicial deference, che – correggendo il living constitutionalism di Justice Blackmun in *Roe* – sembra fondarsi su «Thayerian arguments»¹⁴⁴, e, al contrario, la pronuncia in *Bruen* ha come effetto quello di annullare una legge in vigore da oltre un secolo nello Stato di New York e di mettere potenzialmente dubbio quelle di altri Stati¹⁴⁵. Viceversa, se calibrate a partire dalla vincolatività dei precedenti e in conformità al principio dello stare decisis, *Dobbs* ribalta oltre cinquant’anni di precedenti stravolgendo la modalità con cui è regolato l’aborto da almeno due generazioni, mentre *Bruen* si pone nel solco già tracciato dalle sentenze *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. Chicago* rafforzando il diritto individuale a portare armi ivi riconosciuto dalla Corte. Tutto ciò a conferma della vaghezza e indeterminatezza di un termine, judicial activism,

:«Originalists disdain living constitutionalism yet practice living constitutionalism by expressing contested values as claims about the nation’s history and traditions». Per quanto autorevole, tale critica non sembra però reggersi su argomentazioni sufficientemente solide perchè fondate su un presupposto *esterno* alla teoria originalista e volto – finalisticamente – a tutelare i diritti riproduttivi delle donne ricavati da una certa interpretazione della società e delle tradizioni del paese; secondo l’A., infatti, «Dobbs defines liberty by looking back to nineteenth-century lawmaking. But traditions are not always reduced to legislation—especially laws like mid-nineteenth century abortion bans, which employed the criminal law as an instrument of social control to change public beliefs about abortion. (...) If we look outside the record of the lawmaking, there are other chapters of our nation’s history in which we can find public claims about the proper structure of family life». Così facendo, però, l’A. sembra eludere il principale problema che ha animato il dibattito sull’aborto negli Stati Uniti fin dalla sentenza *Roe v. Wade*, e che riguarda la domanda se la Costituzione preveda, espressamente o meno, tale diritto a livello federale (cfr. *infra*). Difficilmente, pertanto, la sentenza *Dobbs* può essere accusata di essere espressione di living originalism; a differenza di *Roe* e *Casey* e del loro approccio para-legislativo, l’opinion di maggioranza chiarisce infatti che «the Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion» perché – per usare le parole della opinion di Kavanaugh – «on the question of abortion (...) the Constitution is neutral».

¹⁴² Una rivoluzione già avviata con *Heller*. Cfr. R.B. SIEGEL, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, 122 Harv. L. Rev. 191, 2009.

¹⁴³ L. SERAFINELLI, *Il Secondo Emendamento 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* 53.3, 2022.

¹⁴⁴ È questa l’opinione, pur critica rispetto all’outcome della decisione e alla sua disamina originalista, di C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, Harvard Public Law Working Paper No. 22-14, 2022, 1, <https://ssrn.com/abstract=4145922>: «[Court’s opinion in Dobbs] is founded on Burkean arguments, emphasizing the importance of respect for traditions and (secondarily) Thayerian arguments, emphasizing the need to give the democratic process room to maneuver, at least in the domain of “substantive due process”».

¹⁴⁵ Incidendo, con questo, sul principio del federalismo. Cfr. J. FEIGENBAUM, *In our federalist system, states can regulate public carry*, in *ScotusBlog*, 2 Novembre 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/11/in-our-federalist-system-states-can-regulate-public-carry/>.

il cui significato è manipolabile ora in modo ora nell’altro al fine di criticare *politicamente* l’esito delle sentenze.

Diverso è, invece, quando la countermajoritarian difficulty è indagata alla luce del rapporto tra la maggioranza costituente e quella costituita, e quindi in relazione a *ruolo* e ai *limiti* del potere interpretativo riservato ai giudici supremi. Sotto quest’angolo prospettico, infatti, le opinions di Alito e Thomas si differenziano non tanto per l’esito delle controversie¹⁴⁶, quanto per la congruenza/incongruenza del ragionamento dei giudici circa la teoria originalista.

In *Dobbs*, Alito articola la sua opinion su tre livelli tra loro interconnessi. Pur non mettendo formalmente in discussione il carattere sostanziale della Due Process Clause¹⁴⁷,

¹⁴⁶ Non è mia intenzione mettere in discussione il fatto che, se giudicate a partire dal loro esito, tanto *Dobbs* quanto *Bruen* raggiungano risultati che sono graditi al *Conservative Legal Movement*, ovvero sia un movimento mai formalmente istituito ma che, a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, si è mobilitato per promuovere, culturalmente e non, una certa teoria del costituzionalismo americano (cfr. S.M. TELES, *The Rise of Conservative Legal Movement*, Princeton University Press, 2008). L’aborto, in particolare, è oggetto fin dalla sentenza *Roe v. Wade* di un’aspra contesa culturale, sociale e politica che ha a lungo contribuito a polarizzare il paese, e sulla quale – per molto tempo – si sono decise anche le elezioni presidenziali e con esse le nomine dei giudici della Corte suprema (come ricordato da Scalia nella opinion di *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 995 (1992): «Roe fanned into life an issue that has inflamed our national politics in general, and has obscured with its smoke the selection of Justices to this Court»). Ma ciò non fa che confermare l’inadeguatezza democratica di una certa teoria costituzionale che affidi ai soli giudici supremi (e alla loro supremazia) il compito di invertere i cambiamenti della coscienza sociale del paese. È infatti a partire da certe pronunce fondate sul creazionismo giudiziale che si deve la reazione del *Conservative Legal Movement*: in questa prospettiva, il (presunto) conservative judicial activism di *Dobbs* altro non sarebbe che la reazione naturale al progressive judicial activism di *Roe*.

¹⁴⁷ La scelta di indagare il diritto all’aborto anche alla luce della substantive due process (e quindi utilizzando l’*history and tradition and liberty ordered test* codificato da *Washington v. Glucksberg*) è valsa ad Alito l’accusa di aver redatto una opinion non originalista. G. CALABRESI, *The true originalist answer to Roe v. Wade*, in *Wall Street Journal*, riprovera ad Alito di essersi affidato ad una lettura della Costituzione post-New Deal che prende in considerazione l’aspetto sostanziale della due process clause e che «all social and economic matters are subject to the rational-basis test» mentre un “vero” originalista avrebbe dovuto riferirsi alla Reconstruction age: «This means taking the Privileges or Immunities Clause seriously and stopping the charade of tilting at the Due Process Clause, which protects only procedural rights». Una critica parzialmente diversa ma ugualmente legata alla applicazione di *Washington v. Glucksberg* è quella di L. SOLUM, R. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, 118 *Northwestern University Law Review*, 2023, 433. Secondo gli A., infatti, dal momento in cui la sentenza riconosce che «[T]he Due Process Clause of the Fourteenth Amendment (...) has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution», essa si distacca dalla dottrina originalista, laddove prende a riferimento una lettura della Costituzione volta a proteggere gli unenumerated rights che non trova alcun fondamento nell’original public meaning del XIV Emendamento: «Precedent is neither being offered as evidence of the original meaning of the Due Process of Law Clause nor to provide implementing doctrines or precisifications for a meaning that is vague or open-textured. In this formulation of his position, Justice Alito is making no claim at all about the original meaning of the text of the Fourteenth Amendment» (456). In definitiva, quindi, le critiche di Solum/Barnett e di Calabresi sembrano fondarsi sul seguente sillogismo: dal momento in cui *Dobbs* prende a riferimento un non-originalist substantive-due-process framework utilizzando un non-originalist test per verificare l’esistenza del diritto all’aborto, la decisione non può essere considerata realmente come una opinion originalista. Per quanto autorevoli e (parzialmente) fondate, il sillogismo proposto da Solum e Barnett non pare a chi scrive del tutto condivisibile. In primis, anche Barnett e Solum riconoscono l’uso (anche solo parziale) della teoria originalista in *Dobbs* sostenendo come essa si fonderebbe su «a mix of originalist and non originalist use of history and tradition» (455); in conclusione, pertanto, Justice Alito’s majority opinion in *Dobbs*, (...) employs Conservative Constitutional Pluralist reasoning to reach an arguably originalist result» (492). Inoltre, le critiche non sembrano fare i conti con l’approccio *pragmatico* dell’originalismo di Alito che affronta il caso di specie non a partire da un approccio *teorico* e *astratto* dell’original public meaning delle disposizioni Costituzionali, ma verificando *in concreto* il significato originalista della Costituzione nel

L’opinione di maggioranza segue un approccio pragmaticamente originalista ricordando, in primis, che il diritto all’aborto non trova alcun riferimento nel testo della Costituzione né, sulla scorta di *Washington v. Glukseberg*¹⁴⁸, esso può essere implicitamente ricavato dal concetto di «ordered liberty» o radicato «in [the] Nation’s history and tradition»¹⁴⁹. A partire da tale premessa, il giudice affronta poi in modo «non superficiale» il «serio» problema dello stare decisis, offrendo una lunga disamina sulla natura e sugli effetti di *Roe* e *Casey* dalla quale emergono ben cinque fattori che ne giustificherebbero l’overruling¹⁵⁰. Ed è proprio all’analisi di tali fattori che si connette l’ultima e decisiva argomentazione della sentenza: risolvendo la controversia sulla scorta di argomentazioni «irragionevoli»¹⁵¹, «infondate»¹⁵² e «illogiche»¹⁵³, *Roe* «usurped the power to address a

rispetto del principio di concordanza tra chiesto e pronunciato. Sotto il profilo teorico, infatti, le ricostruzioni di certa dottrina volte a negare una dimensione sostanziale alla Due Process Clause sono certamente compatibili con l’original public meaning del XIV Emendamento. Ma, al contempo, una pronuncia che si fosse spinta a ricostruire *astrattamente* il significato *solo* formale del due process americano avrebbe avuto l’effetto di travolgere quasi un secolo di giurisprudenza, spingendosi ben oltre al solo overruling di *Roe*. Con un atteggiamento prudenziale, l’opinione di Alito (a differenza di Thomas cfr. *supra*) illustra come, *anche alla luce di un test non-originalista*, il diritto ad abortire non trovi riferimento nelle disposizioni costituzionali, e questo vale a *rafforzare* piuttosto che a *deprimere* la sua argomentazione originalista; come ricordato da J.J. ALICEA, *An Originalist Victory*, City J., 24 giugno 2023, <https://perma.cc/KSX5-X7U3>: «Originalists generally accept that it is consistent with the original meaning of the Constitution to follow non-originalist precedent when no party has asked the Court to overrule that precedent. (...) Put another way, originalism did not require the *Dobbs* majority to ignore the adversarial process, overrule over a century of precedent without having been asked, survey the myriad proposed original meanings of the Fourteenth Amendment put forward by originalist scholars, and determine which meaning was uniquely correct in order to conclude what has been obvious since 1973: the Constitution does not contain a right to abortion». Infine, l’accusa di tradizionalismo sembra non fare i conti con la premessa da cui muove l’opinione di maggioranza ossia che il testo della Costituzione non prevede in nessuna sua parte il diritto di abortire. Questo porta i giudici a rifiutare anche letture che – come emerge dagli amici curiae – spingevano per una interpretazione del XIV emendamento volta a vietare a livello federale tale pratica (cfr. *Brief Of Amici Curiae Scholars Of Jurisprudence John M. Finnis And Robert P. George In Support Of Petitioners*) perché, sul punto, la Costituzione non proibisce tale pratica e si pone piuttosto in modo «neutrale» (cfr. Kavanaugh concurring opinion).

¹⁴⁸ *Washington v. Glukseberg*, 521 U.S. 702 (1997).

¹⁴⁹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 5: «We hold that *Roe* and *Casey* must be overruled. The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely—the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty».

¹⁵⁰ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), cit., 43: «No Justice of this Court has ever argued that the Court should never overrule a constitutional decision, but overruling a precedent is a serious matter. It is not a step that should be taken lightly. Our cases have attempted to provide a framework for deciding when a precedent should be overruled, and they have identified factors that should be considered in making such a decision (...) In this case, five factors weigh strongly in favor of overruling *Roe* and *Casey*: the nature of their error, the quality of their reasoning, the “workability” of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance».

¹⁵¹ M. TUSHNET, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, 1998, University Press of Kansas, 1998, 54 «[*Roe* is] totally unreasoned judicial opinion».

¹⁵² J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 Yale L. J. 920, 1973, 947 *Roe* «was not constitutional law and g[ave] almost no sense of an obligation to try to be».

¹⁵³ In questo senso L. TRIBE, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 Harv. L. Rev. 1, 1973, 2 rispetto alle argomentazioni utilizzate da *Roe* per giustificare la viability: «clearly, this mistakes a definition for a syllogism».

question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people», e *Casey*, anche nel tentativo di correggerne gli evidenti errori, «short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans»¹⁵⁴. Questo è il fattore che, più di ogni altro, colloca la sentenza *Dobbs* nel solco della teoria politica dell’originalismo; se in passato, attraverso la judicial supremacy, i giudici «arrogated the authority to regulate or prohibit abortion», l’attuale decisione «return that authority to the people and their elected representatives»¹⁵⁵.

Di diversa natura e sostanza sono invece le considerazioni che emergono dalla struttura argomentativa del caso *Bruen*, in cui la Corte ha risolto una controversia sorta a seguito del diniego dello Stato di New York di concedere a due cittadini una licenza incondizionata a portare armi per autodifesa. Nell’accogliere le istanze dei ricorrenti, la sentenza ha corretto il two-step-test di costituzionalità precedentemente elaborato dalle Corti inferiori e basato a) sulla compatibilità delle disposizioni con il testo del costituzionale e la storia e b) sul rapporto tra mezzi e fini delle disposizioni. L’opinion di Thomas elimina la seconda parte del test, specificando come una legge statale che regoli (limitando) il diritto costituzionale personale a portare armi «[must be] consistent with the Nation’s historical tradition of firearm regulation»¹⁵⁶; in tal modo, il peso della ricostruzione dell’original public meaning del II Emendamento viene interamente affidato alle evidenze storiche che però, soprattutto nella materia in esame, non appaiono poi così univoche.

Il tema richiama inevitabilmente il dibattito sorto intorno al II Emendamento e che ruota attorno al problema del significato storico di disposizioni scritte in un’epoca lontana. Da ormai molti anni lo scontro sulla regolamentazione delle armi da fuoco ha diviso chi, partendo dalla c.d. Operative Clause, legge nel II Emendamento un diritto personale sostanzialmente insuscettibile di limitazioni («the right of the people (...) shall not be infringed») e chi, diversamente, ricava da esso l’esistenza di una mera facoltà subordinata alle finalità statali indicate nella Preamble Clause («A well regulated Militia, being necessary (...)»)¹⁵⁷. Il rapporto tra queste due clausole, che ha interrogato a lungo la dottrina, costituisce una dorsale interpretativa che divide la giurisprudenza sul II Emendamento¹⁵⁸.

Nella furia dello scontro, entrambi i contendenti sembrano però non accorgersi del fatto che, proprio sotto il profilo storico, è altamente probabile che entrambe le proposizioni *siano vere* e, quindi, che il II Emendamento sia stato pensato per entrambi gli scopi¹⁵⁹. Da un lato, infatti, la storia americana documenta come nel corso del tempo

¹⁵⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 44.

¹⁵⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 79.

¹⁵⁶ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), 15.

¹⁵⁷ US Cost. II Am.: «A well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed».

¹⁵⁸ Così per *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), 178 la operation clause va letta «in relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia». Per *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) il II Emendamento «protects an individual right to possess a firearm unconnected with service in a militia, and to use that arm for traditionally lawful purposes, such as self-defense within the home».

¹⁵⁹ T. HARDY, *Lawyers, Historians and “Law Office History”*, 46 *Cumberland Law Review* 1, 2015, 5: «Neither body of Justices considered the very likely possibility that it was meant to do both. [II Am.] has two clauses, after all, which had different supporters. What warrant do we have for assuming that “[a] well-

siano state adottate molteplici disposizioni volte a regolare, disciplinare e, in ultimo, a limitare l'utilizzo delle armi. Dall'altro, sotto il profilo squisitamente testualista, «at the time, as now, "to bear" meant "to carry"»¹⁶⁰, ed è difficile immaginare che nel 1791 la costituzione di una milizia statale potesse essere predisposta senza preventivamente attribuire ai cittadini un diritto personale «to keep and bear arms» nei loro granai o fienili.

La duplicità insita nella lettura del II Emendamento fa emergere le zone grigie proprie della disciplina storica, nella quale la verità (o quanto meno la veridicità) di certe conclusioni «does not flow from its usefulness»¹⁶¹, mentre l'historical and tradition test di Thomas è ideato proprio in ragione della sua utilità giuridica, dal momento che «reliance on history (...) is (...) more legitimate, and more *administrable*, than asking judges to "make difficult empirical judgments"»¹⁶². Colpisce, inoltre, che il giudice poggi sulla sola storia il risultato delle sue conclusioni, evitando per di più di pronunciarsi sul significato da attribuire alla Preamble (o Prefatory) Clause; se in *Heller* Scalia aveva dedicato larga parte della sua indagine testualista alle parole «a well-regulated Militia, being necessary», Thomas non la menziona¹⁶³ e sviluppa il suo ragionamento a partire dai verbi "to bear" e "to carry" estendendo il diritto all'autodifesa anche al di fuori della propria abitazione perché «[n]othing in the Second Amendment's text draws a home/public distinction with respect to the right to keep and bear arms»¹⁶⁴.

Tale lettura pare discutibile proprio alla luce della teoria originalista: comunque si voglia ricostruire, la Prefatory Clause fa parte della Costituzione e chiede quindi di essere considerata nell'analisi testualista. Anche volendo sganciare finalisticamente le due clausole, un conto è sostenere che la Costituzione prescriva un diritto individuale a tenere armi *nelle proprie case* (un tempo granai o fienili) perché senza di esso la prima parte della clausola non è concretamente esercitabile, un altro è che il diritto all'autodifesa personale (che, per usare l'argomento di Thomas, il II Emendamento espressamente non menziona ed anzi è storicamente connesso alla proprietà) si estenda *al di fuori* della propria abitazione¹⁶⁵. Dal momento che la storia non è sempre in grado di fornire una

regulated militia, being necessary to a free state" had exactly the same meaning as "the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed?».

¹⁶⁰ R. BARNETT, N. LUND, *Implementing Bruen*, Law & Liberty, 6 febb. 2023, <https://lawliberty.org/implementing-bruen/>.

¹⁶¹ A.H. KELLY, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, 157 La critica mossa da Kelly nei confronti di un certo metodo di ricerca storica fondato sull'utilità è radicale: «To put the matter differently, the present use of history by the Court is a Marxist-type perversion of the relation between truth and utility. It assumes that history can be written to serve the interest of libertarian idealism. The whole process calls to minds the manipulation of scientific truth by Soviet government in the Lysenko controversy».

¹⁶² *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), 16.

¹⁶³ Critica espressa anche da L. ROSENTHAL, *Laws in an Originalist World: Litigating Original Meaning from Heller To Bruen*, American University Law Review, Vol. 73, No. 2, forthcoming 2023, Available <https://ssrn.com/abstract=4425067>, 13-14: «In Bruen, the Court ignored the preamble altogether (...) discussing only the operative clause, [and this] refusal to grant the preamble interpretive significance has serious consequences for the scope of firearms regulation».

¹⁶⁴ L. ROSENTHAL, *Laws in an Originalist World: Litigating Original Meaning from Heller To Bruen*, cit., 6.

¹⁶⁵ Indiretta conferma di questo ragionamento viene dalla concurring opinion di Alito che ricostruisce la legittimità storica del diritto alla autodifesa in pubblico sostenendo che «in 1791, when the Second Amendment was adopted, there were no police departments, and many families lived alone on isolated farms or on the frontiers. If these people were attacked, they were on their own. It is hard to imagine the

risposta definitiva alle domande giuridiche sollevate davanti alla Corte, quindi, pare imprudente affidarsi *unicamente* ad essa per risolvere controversie di questa portata¹⁶⁶.

La teoria politica dell’originalismo fornisce tuttavia una indicazione precisa anche ai giudici che si trovino a dover fare i conti con ricostruzioni storiche parziali o controverse; come ricordato da Justice Scalia in un caso riguardante il IV Emendamento «When history has not provided a conclusive answer we have analyzed a search or seizure in light of others traditional standards»¹⁶⁷. Un primo criterio tradizionalmente utilizzato dalle corti inferiori per risolvere i casi sul secondo emendamento è proprio il *means-and-ends test* che però Thomas esclude; un secondo criterio, più squisitamente originalista, è quello che, applicando il principio della separazione dei poteri, suggerisce ai giudici di procedere alla incostituzionalità delle leggi solo in presenza di un chiaro e riscontrabile errore (c.d. *Clear Mistake Rule*), lasciando altrimenti al circuito politico-democratico la decisione¹⁶⁸. Attraverso un esercizio di *judicial supremacy* (ma non di *judicial activism*), pertanto, *Bruen* priva (almeno parzialmente) lo Stato di NY della discrezionalità di regolamentare l’uso delle armi in pubblico, coprendo la fattispecie con il giudicato costituzionale¹⁶⁹.

furor that would have erupted if the Federal Government and the States had tried to take away the guns that these people needed for protection». Non è difficile obiettare che oggi, nel 2023, gli Stati americani provvedono alla sicurezza e al welfare dei cittadini anche disponendo di ufficiali pagati con i soldi dei cittadini per garantire la loro sicurezza e l’ordine pubblico; a fronte quindi di una *mancata esplicita disposizione* che stabilisca, in Costituzione, il diritto portare armi in pubblico per la propria autodifesa personale, non è illegittimo ritenere che tale funzione rientri nel *police power* degli Stati, e che quindi possa essere da essi regolata (o anche limitata).

¹⁶⁶ A conferma del fatto che la storia non sempre contiene risposte definitive, non si vuole qui sostenere che il II Emendamento contenga *sicuramente* un divieto (ma neppure un diritto) a utilizzare le armi dentro/fuori dalla propria abitazione. Ai fini della ricostruzione dell’original public meaning della disposizione, è sufficiente ricordare che tale distinzione era riconosciuta fin dai tempi dei *Framers*. Si veda, ad esempio, la proposta di Thomas Jefferson Thomas per il Virginia bill of rights del 1776; il primo draft recitava «No freeman shall ever be debarred the use of arms», nel secondo e nel terzo Jefferson aggiunge «No freeman shall be debarred the use of arms [within his own lands or tenements]». L’uso delle parentesi è stato lungamente discusso dagli storici e utilizzato dagli *amici curiae* in Corte per sostenere l’una o l’altra posizione; per alcuni «the bracketed addition showed Jefferson had “decided to revise his proposal to limit the exercise of this right to an individual’s home or lands», per Julian Boyd – editor di *The Papers of Thomas Jefferson*, 1950 – «stated that Jefferson used brackets to indicate that the contents therein were optional or open to question», ed infine, dal canto suo, «Jefferson left nothing to describe the significance of the brackets» (cfr. T. HARDLY, *Lawyers, Historians and “Law Office History”*, cit., 26).

¹⁶⁷ *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164, 171 (2008).

¹⁶⁸ Criterio, questo, correttamente invocato nella sua dissenting opinion da Justice Breyer: «these types of disagreements are exactly the sort that are better addressed by legislatures than courts. The Court today restricts the ability of legislatures to fulfill that role» *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), (Breyer dissenting), 20.

¹⁶⁹ Non è un caso, a questo riguardo, che le concurring opinion di Kavanaugh e Barrett siano entrambe disposte al fine di *circoscrivere* l’opinione di Thomas; il primo, infatti, chiarisce che «I write separately to underscore two important points about the limits of the Court’s decision. *First* the Court’s decision does not prohibit States from imposing licensing requirements for carrying a handgun for self-defense. (...) *Second*, as *Heller* and *McDonald* established and the Court today again explains, the Second Amendment “is neither a regulatory straightjacket nor a regulatory blank check». Barrett, dal canto suo, solleva una serie di domande che mettono in luce nodi metodologici della teoria dell’originalismo rimasti irrisolti («*First*, the Court does not conclusively determine the manner and circumstances in which postratification practice may bear on the original meaning of the Constitution (...) *Second* and relatedly, the Court avoids another “ongoing scholarly debate on whether courts should primarily rely on the prevailing understanding of an individual right when the Fourteenth Amendment was ratified in 1868” or when the Bill of Rights was

7. Conclusioni

Il 9 marzo nel 1937, stanco di assistere a sentenze che dichiaravano l’incostituzionalità delle leggi sul secondo New Deal, Franklin Delano Roosevelt si rivolse alla nazione nel famoso discorso dal caminetto n. 9 dichiarando che era venuto il momento di «take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself»¹⁷⁰. L’appello del Presidente era indirizzato ad ottenere dal il popolo il consenso necessario ad approvare il famoso *Court Packing Plan* che, modificando il numero dei giudici in Corte, gli avrebbe permesso di ottenere la maggioranza del collegio nominando giudici a lui graditi. Quasi cento anni dopo, queste parole sono riecheggiate nelle aule del Congresso e delle Law School americane dopo che, a pochi mesi dalle presidenziali, il seggio di Ruth Bader Ginsburg è stato occupato a Amy Coney Barrett, alterando il delicato equilibrio tra giudici liberal e conservative. La vittoria elettorale di Biden ha quindi riaperto i toni di un dibattito, quello sulle nomine dei giudici federali, che ha condizionato da sempre la vita della nazione; da qui le numerose proposte di modificare le regole e la composizione dei giudici in Corte provenienti anche da autorevoli autori che hanno indicato il court packing come l’unico strumento capace di restituire alla Corte suprema la legittimità perduta¹⁷¹.

A ben guardare, però, l’idea di modificare il numero dei giudici della Corte non pare la più indicata a rispondere al problema della polarizzazione nella sua radicalità, perché finirebbe per esacerbare ulteriormente il conflitto e, come sostenuto da Tribe, innescare «a titfortat spiral that would endanger the Supreme Court’s vital role in stabilizing the national political and legal system»¹⁷². Inoltre, sotto il profilo costituzionale, “salvare la Corte da se stessa” significa ragionare non sulle simmetrie politiche interne al collegio, ma piuttosto sul funzionamento costituzionale dei checks and balances che regolano l’equilibrio tra poteri. Soprattutto nell’ambito dell’eccezionalismo americano, la Costituzione è pensata come quel meccanismo capace di incanalare e ricomporre le differenti visioni presenti nella società in una duplice

ratified in 1791»). Questi ultimi, in particolare, svelano una spaccatura – tutt’ora presente – all’interno delle teorie originaliste diffuse oggi in Corte.

¹⁷⁰ Cfr. *March 9, 1937: Fireside Chat 9: On “Court-Packing”*, in UVA Miller Center, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-9-1937-fireside-chat-9-court-packing>

¹⁷¹ Proposte provenienti dalla dottrina così come dagli esponenti politici; cfr. (tra gli altri) E. WARREN, *Expand the Supreme Court*, Boston Globe, 15 dicembre 2020, <https://www.bostonglobe.com/2021/12/15/opinion/expand-supreme-court/>; M. KLARMAN, *Why Democrats Should Pack the Supreme Court*, in Take Care blog, 15 ottobre 2018, <https://perma.cc/F2BE-GJWU>. K. ROOSEVELT III, *I Spent 7 Months Studying Supreme Court Reform. We Need to Pack the Court Now*, Time, 10 dicembre 2021, <https://time.com/6127193/supreme-court-reform-expansion/>; S. FELDMAN, *The Case For Court Packing As A Way To Promote Democracy*, NPR, 5 settembre 2021, <https://www.npr.org/2021/09/05/1034494416/the-case-for-court-packing-as-a-way-to-promote-democracy>; J. GREENFIELD, *How Democrats Could Pack The Supreme Court In 2021*, Politico, 19 settembre 2020, <https://www.politico.com/news/magazine/2020/09/19/how-democrats-could-pack-the-supreme-court-in-2021-418453>;

¹⁷² Riportato da J. RUBIN, *Court-Packing Is a Really Bad Idea*, in The Washington Post, 19 marzo 2019, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/03/19/whycourt-packing-is-really-bad-idea/>.

garanzia fondata sulla divisione orizzontale e verticale del potere. Partendo dall'assunto per cui «le cause di faziosità non possono venire eliminate» e che dunque occorre pragmaticamente «limitarsi a trovare dei rimedi atti a limitarne gli effetti»¹⁷³, i costituenti americani hanno costruito un governo articolato in una molteplicità di istituzioni politicamente responsabili nei confronti del popolo da cui attingono la propria legittimazione. Nel condividere la medesima natura democratica, esse sono tra loro divise e chiamate a vigilare le une sulle altre in modo che nessuna prevalga; l'esperimento americano promuove così l'unità costituzionale (*ex pluribus unum*) favorendo e regolando il dissenso politico attraverso un continuo confronto/scontro istituzionale tra poteri.

È in questa ottica che occorre ripensare al ruolo della Corte e del rilievo da essa assunto negli ultimi settanta anni. In passato, questa tendenza è stata descritta dalla dottrina con i termini di *judicial activism/restraint*, che però non sono più in grado di spiegare e risolvere in modo efficace la *countermajoritarian difficulty*; diversamente, essa può essere meglio compresa verificando il comportamento dei giudici supremi rispetto alla supremazia da essi assunta nei confronti degli altri poteri, ovvero ricostruendo la teoria interpretativa della Costituzione che orienti il loro potere interpretativo. La storia della *judicial supremacy* negli Stati Uniti ha seguito strade tortuose, mostrandosi dapprima con il volto del liberismo economico durante la c.d. era *Lochner* per poi assumere i panni delle battaglie dei diritti civili e della *substantive due process* a partire dalla Corte Warren, ma nel corso degli anni essa è costantemente cresciuta, indipendentemente da quale fosse la teoria costituzionale abbracciata dai suoi interpreti. Lentamente ma inesorabilmente, il diritto americano ha così finito per dipendere esclusivamente dalla sua interpretazione giudiziale, perché, per usare le parole del Chief Justice Charles Evans Hughes: «we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is»¹⁷⁴. Un giudizio, questo, che è riemerso (negativamente) nei confronti della Corte Rehnquist (e Roberts), le quali «no longer views [them]self as first among equals, but has instead staked its claim to being the only institution empowered to speak with authority when it comes to the meaning of the Constitution»¹⁷⁵.

Soprattutto nell'ordinamento americano, la *judicial supremacy* ha così contribuito ad alimentare la polarizzazione politica, perché il peso esercitato dalla Corte Suprema all'interno del sistema ha finito per condizionare le modalità con cui esso affronta i casi più controversi e divisivi. Invece che trovare soluzioni comuni all'interno degli organi di rappresentanza, gli schieramenti politici hanno strategicamente utilizzato il potere di *judicial review* per raggiungere più velocemente i propri rispettivi obiettivi. Nell'epoca delle *identity politics*, gli organi giurisdizionali sono quindi utilizzati, dall'uno e dall'altro schieramento, come i decisori ultimi di opzioni politiche e valoriali; così facendo, però, il costituzionalismo rischia di privilegiare un approccio dialettico di risoluzione dei conflitti che – attraverso le decisioni delle Corti – stabilisce la supremazia di un'opzione

¹⁷³ Cfr. J. MADISON, *The Federalist n. 10*.

¹⁷⁴ Parole pronunciate quando Hughes era ancora governatore dello Stato di NY. Cfr. M. PUSEY, *Charles Evans Hughes*, 1963 204.

¹⁷⁵ L.D. KRAMER, *The Supreme Court 2000 Term Foreword: We The Court*, 115 Harv. L. Rev. 4, 2001, 14.

sulle altre, invece che affidarsi a una ricomposizione dialogica del disaccordo in cui – nello scontro democratico tra poteri – diverse posizioni possono provare a coesistere all’interno di una cornice comune¹⁷⁶. La conseguenza di ciò è che, dal momento che «rights and disagreements about rights are inevitable» quando la Corte «make the political compromise impossible, the losing side sees changing the Court as its only legal option»¹⁷⁷.

Risposte a questa tendenza sono state elaborate dalle dottrine dell’originalismo da un lato, e del popular constitutionalism dall’altro; pur rimanendo distanti nelle premesse e negli esiti, entrambe le teorie condividono l’esigenza di ridefinire in profondità il ruolo dei giudici nel quadro complessivo dei poteri, mettendo a fuoco un punto nevralgico del costituzionalismo contemporaneo. Invece che ragionare sulla sugli equilibri *politici* dei giudici in Corte, tali dottrine si occupano del bilanciamento *costituzionale* tra poteri, mettendo in discussione la judicial supremacy; ciò comporta, ad esempio, ripensare alla judicial review in termini di «judicial minimalism», scoraggiando i giudici supremi «from handling down broad ruling with sweeping social consequences» e lasciando certe decisioni alle valutazioni della democrazia deliberativa¹⁷⁸.

L’attuale maggioranza della Corte suprema è costituita da giudici che hanno esplicitamente dichiarato di rifarsi alla teoria dell’original public meaning e di trarre da essa le coordinate delle loro decisioni. Come visto, in realtà, l’originalismo non è però una dottrina monolitica, e diversi sono gli orientamenti presenti in Corte rispetto a certi, spinosi, problemi. Tuttavia, oltre che un metodo di interpretazione, l’originalismo è anche una teoria politico-costituzionale che si interroga su «how courts should exercise the power of judicial review [and] why contemporary political actors should be bound by the historical meaning»¹⁷⁹. In questa ultima accezione esso dovrebbe interrogare l’interprete non solo sul *come* decidere, ma anche su *chi* sia legittimato a farlo¹⁸⁰, contenendo potere

¹⁷⁶ La considerazione vale anche al di fuori dell’ordinamento americano: come ricordato da N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 926 «Il punto cruciale è che, attraverso la dissoluzione della dicotomia esterno interno, le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a “ordinare” e a ricondurre ad unità. In questo modo, può accadere, alla fine, che i conflitti delle coscienze invadano la sfera neutrale delle istituzioni, e che i valori in lotta tra loro mettano a rischio in radice la pace della vita pubblica. In questa prospettiva, il diritto e le sentenze, anziché fornire prestazioni di unità, anziché pacificare i conflitti, possono diventare, essi stessi, fonti di conflitto».

¹⁷⁷ J. GREEN, *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession With Rights Is Tearing America Apart*, Harper e Collins, Boston, 2021, rispettivamente 7 e 132.

¹⁷⁸ Questa la teoria di C.R. SUNSTEIN, *One Case at the Time. Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, 1999, p ix, xi.

¹⁷⁹ K.E. WHITTINGTON, *Is Originalism too Conservative?*, 34 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 29, 2011, 38: « Originalism can also operate as a political theory about judicial review and constitutionalism. Originalism as a method of constitutional interpretation focuses on how to interpret the text of a constitution so as to make the language more transparent and to understand the meaning implicit in the text. Originalism as a political theory, by contrast, is concerned with such questions as how courts should exercise the power of judicial review, why contemporary political actors should be bound by the historical meaning of the constitutional text, what the rationale for a constitution is, and how that rationale relates to problems of interpretation, enforcement, and legitimacy».

¹⁸⁰ N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, cit., 841. È questa, del resto, la ragione per cui l’A., molto opportunamente,

giudicante nel quadro dei principi del rule of law, della separazione dei poteri e della popular sovereignty¹⁸¹. In definitiva, la filosofia originalista invita a circoscrivere il potere che i giudici esercitano all'interno del sistema rivalutando, al contempo, il ruolo dei decisori politici; questo, del resto, è anche uno dei principali lasciti della eredità di Scalia: «to remind us of the differences between judges and legislators»¹⁸².

È certamente presto per dire se l'originalismo sarà capace, o meno, di mantenere queste promesse dal momento che l'attuale Corte suprema non è sempre stata lineare nell'abbracciare quel judicial minimalism necessario per rimarcare la differenza tra giudici e legislatori. Tuttavia, al pari del popular constitutionalism, tale teoria ha le potenzialità per favorire un ripensamento della funzione della judicial review, contribuendo così a sciogliere uno dei nodi costituzionali più intricati degli ultimi decenni.

insiste sul significato «neutrale» della Costituzione rispetto a casi controversi N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, Lettera AIC 07/2022 - Originalismo e Costituzione, cit.: «La Costituzione è perciò neutra sull'aborto, non è né pro-life, né pro-choice: essa, invece, lascia che la questione sia affrontata attraverso il democratic process negli Stati o nel Congresso, al pari di ogni altra delicata issue non direttamente decisa dal testo costituzionale».

¹⁸¹ Come recentemente ricordato L. SOLUM, R. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, cit., 480 «most originalists share the following normative premises: *Rule of Law*: (...) Originalism serves the rule of law by requiring judges to adhere to the original public meaning of the constitutional text. *Separation of Powers*: It is essential to both legitimacy and the preservation of liberty. Living constitutionalism undermines the separation of powers because it empowers judges to both make and apply constitutional law. Originalism confines judges to their legitimate role of deciding cases on the basis of preexisting legal rules. *Popular Sovereignty*: Popular sovereignty reflects the widely held political value of democratic legitimacy (...) Originalism subordinates judges to the will of the people as expressed in a constitution that has been ratified by either the people's representatives in constitutional conventions or by a supermajority of both Congress and the states».

¹⁸² N.M. GORSUCH, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, 66 Case W. Res. L. Rev. 906, 2016, 906.