

A ciascuno il suo? Giudice costituzionale e Legislatore tra separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali: il caso dell'aborto

di Daniele Camoni

Abstract: *To each their own? Constitutional Courts and lawmakers between separation of powers and protection of fundamental rights* – The present essay aims at reflecting, in a comparative perspective, on the role and functions of constitutional Courts in the relationship between the (formal?) principle of the separation of powers and the “substantial” protection – or even judicial creation – of fundamental rights. Dealing with the constitutional doctrines of originalism and living constitutionalism, it will be shown that the “elephant in the room” refers to the way the Constitution is interpreted and applied by Courts and the limits it has when judges are called to decide on sensitive issues which involve ethics and politics (e.g. abortion).

Keywords: Constitutional courts; Living constitutionalism; Originalism; Protection of fundamental rights; Separation of powers.

791

1. Premessa introduttiva

Elaborare una definizione “risolutiva” del principio di separazione dei poteri rappresenta, da sempre, un confronto improbo con uno dei concetti «tra i più complessi della teoria del costituzionalismo»¹. Le complicazioni aumentano nel momento in cui entra in gioco, saldandosi con il primo, il tema del riconoscimento e conseguente tutela dei diritti fondamentali.

Tale premessa impone una sistematizzazione delle dimensioni descritte nel quadro dei poteri dello Stato e del tessuto politico-sociale. Del resto, non è casuale che le fondamenta del moderno Stato di diritto – e delle Costituzioni come fonti super-primarie e rigide – riposino sull’art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino del 1789, secondo cui «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una Costituzione».

A partire dalle direttrici del IX Convegno Annuale dell’Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo² e del *panel* nel quale il presente intervento si inserisce³, l’obiettivo è articolare alcune riflessioni comparate

¹ G. Bogneri, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, 11.

² Università degli Studi di Milano, 15-16 settembre 2023.

³ III Sessione parallela: “Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti”.

sulle funzioni del giudice costituzionale nell'intreccio tra principio (formale?) della separazione orizzontale dei poteri (legislativo e giudiziario)⁴ e protezione dei diritti fondamentali – con un *focus* specifico sul caso dell'interruzione volontaria della gravidanza – il tutto mediato attraverso il riferimento alla discrezionalità del Legislatore.

Muovendo dalla Costituzione come «insieme di principi che marcano confini per le attività (autonome nel loro campo) degli altri Poteri dello stato» e «cornice dentro la quale [...] si susseguono le libere, mutevoli scelte normative delle legittime autorità costituite»⁵, si cercherà di dimostrare che il rispetto “a monte” della regola strutturale della separazione dei poteri costituisce un doveroso punto di partenza e passaggio fondamentale attraverso il quale garantire “a valle” la protezione dei diritti soggettivi, nel rispetto delle competenze di ciascun potere.

In questo senso, la separazione dei poteri rappresenta un «principio-mezzo rispetto al principio-fine della salvaguardia – la massima possibile alla luce delle condizioni oggettive di contesto – dei diritti fondamentali»⁶. Parallelamente, nella prospettiva madisoniana secondo cui «the legislative [...] and judiciary departments ought to be separate and distinct»⁷, non deve trascurarsi nemmeno la dimensione procedimentale, essendo che «il “risultato” (pronuncia) [...] non riduce l'importanza del “metodo” usato (tecnica decisoria)»⁸.

2. Separazione dei poteri, originalismo e interpretazione evolutiva nel terreno dei diritti fondamentali

Il confronto tra le teorie dell'interpretazione costituzionale più diffuse ed applicate dalle Corti costituzionali – riconducibili alle “famiglie” del

⁴ Negli Stati Uniti, la separazione dei poteri si riflette anche «lungo un asse verticale tra unità politiche distinte e autonome (governo centrale e governi periferici o locali)» (G. Bognetti, *L'esperienza federale americana e l'attuale vocazione italiana al federalismo. Una riflessione comparatistica*, in M. Iacometti, *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Milano, 2015, 111). Cfr. *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 181 (1992): «the Constitution divides authority between federal and state governments for the protection of individuals».

⁵ G. Bognetti, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in M. Iacometti, *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, cit., 309 e 344. Cfr. anche R. Romboli, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, III, 2023, 823.

⁶ A. Ruggeri, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 6.

⁷ J. Madison, *Federalist No. 47*, in B. Fletcher Wright (Ed.), *The Federalist*, Harvard, 1961, 336; sul punto, si ricordi anche l'interpretazione jeffersoniana della separazione (*rectius*, bilanciamento) dei poteri – a partire dalle *Notes on the State of Virginia* (1785), *Query XIII*, §4 – ben descritta da C. Bologna, *Jefferson e la separazione del potere*, in *Riv. Diritti Comparati*, 1, 2021, 168-187. In dottrina, B.M. Kavanaugh, *Our Anchor for 225 Years and Counting: The Enduring Significance of the Precise Text of the Constitution*, in 89 *Notre Dame L. Rev.* 1907 (2014).

⁸ A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC*, 2, 2023, 106.

testualismo e originalismo (nelle varie declinazioni)⁹, per un verso e dell'interpretazione evolutiva o *living constitutionalism*, per l'altro – trova un punto di conflitto ancor più esacerbato nel momento in cui compare la macro-categoria dei diritti fondamentali e la loro tutela (quando non creazione *ex novo*) giudiziaria. Del resto, «si dà un legame inscindibile e, anzi, una vera e propria compenetrazione ed immedesimazione»¹⁰ tra la dimensione astratta delle *legal* e *judicial philosophies* citate e il riconoscimento/protezione delle posizioni soggettive interessate, a sua volta rafforzata dall'intermediazione del sistema delle fonti abilitate a offrire detta garanzia¹¹.

Sul piano dell'interpretazione evolutiva, uno dei profili più controversi, in relazione a questioni eticamente sensibili (in questa sede, l'aborto), è quello del legame tra esegesi giurisprudenziale e coscienza sociale, in forza della quale si ritiene che le soluzioni enunciate dai giudici trovino fondamento «from the evolving standards [...] that mark the progress of a maturing society»¹².

Quest'ultima impostazione è stata di recente ribadita, in termini ancor più “estremi”, dalla *Magistrada del Tribunal Constitucional* (TC) spagnolo Balaguer Callejón, la quale ha fatto riferimento all'esigenza del Giudice costituzionale di pronunciare sentenze che siano frutto di «teorías constructivistas superadoras de una concepción formal propia de la jurisprudencia conceptual o positivista»¹³. In detta prospettiva, «desde una consideración realista del derecho, el acto interpretativo que se traduce en la aplicación normativa actualiza en cada momento el derecho. Y desde ese concepto constructivista y creativo de las normas jurídicas en la interpretación, las mutaciones constitucionales se entienden como una inevitable evolución»¹⁴.

Tale lettura non è nuova (in particolare, al di là dell'Atlantico) e può essere ricondotta alla dimensione statunitense della *demosprudence*, declinata, attraverso l'azione delle Corti – nella versione “maggioritaria” delle sentenze e in quella “minoritaria” delle opinioni separate¹⁵ – «on the relationship between the lawmaking power of legal elites and the equally important, though often undervalued, power of social movements or mobilized constituencies to make, interpret, and change law»¹⁶.

⁹ Cfr. J.B. Staab, *Limits of Constraint. The originalist jurisprudence of Hugo Black, Antonin Scalia, and Clarence Thomas*, Lawrence, 2022.

¹⁰ A. Ruggeri, *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Riv. Diritti Comparati*, 3, 2021, 61.

¹¹ In una prospettiva ancor più ampia, il confronto è tra costituzionalismo “politico” e “giuridico”: M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il “Political” e il “Popular” Constitutionalism*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, 733-755.

¹² Cfr. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

¹³ M.L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 2022, 18.

¹⁴ *Ivi*, 43.

¹⁵ Sia consentito rinviare a D. Camoni, *L'opinione dissenziente nelle Corti costituzionali: un formante giurisprudenziale con influenza sul procedimento legislativo?*, in *DPCE Online*, sp. 2021, 1005-1025.

¹⁶ L. Guinier, *The Supreme Court 2007 Term – Foreword: Demosprudence Through Dissent*, in 122(4) *Harv. L. Rev.* 4, 47 (2008).

Sul piano istituzionale, l'implementazione di questa posizione creativa trova una traduzione critica nel concetto di *juristocracy*¹⁷, «a regime in which judges perform the critical role of ensuring that all powers are exercised with due respect for constitutional values»¹⁸. L'antitesi rispetto agli schemi di *self-restraint* giudiziario – originalisti o meno – è presto detta: secondo questi ultimi, solo il Legislatore (unico rappresentante della volontà generale) può porsi «quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi»¹⁹.

Funzione esclusiva del giudice, pertanto, è solo «to sustain the rule of law – not to promote [...] personal policy preferences», in quanto «if [a Court] were to jettison that disciplined approach, even in the face of a uniquely emotional and politically divisive policy issue, the [...] Constitution would no longer be the voice of the people [...] – it would be effectively replaced by the voice of a select few sitting on [a] Court»²⁰.

Da ultimo, si veda la Sentenza 169/2023, de 2 de marzo, della *Sala de lo Social* del *Tribunal Supremo* (TS) spagnolo, la quale – nel risolvere un contrasto giurisprudenziale in ordine al riconoscimento di un doppio congedo parentale per le famiglie monogenitoriali – ha adottato una prospettiva (abbastanza inedita a quelle latitudini) che può essere definita testualista e originalista.

In particolare, essa ha dichiarato che spetta all'organo giudicante «la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho» e che il riconoscimento di tale prestazione sociale «sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales»²¹. Sempre con riferimento alla *voluntas legislatoris*, il TS evidenziava che la mancata regolamentazione era frutto di una precisa volontà del Legislatore: in tal senso, poco prima della pubblicazione della sentenza, il *Senado* aveva rigettato un emendamento alla *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, volta ad introdurre la condizione secondo cui «en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera».

¹⁷ Cfr. R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), 2004.

¹⁸ M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), 2022, 131.

¹⁹ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 95. In termini più ampi, cfr. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 125 ss.

²⁰ *Planned Parenthood Great Northwest v. State*, 522 P.3d 1132, 1148 (Idaho 2023). In termini analoghi, secondo *Planned Parenthood of the Heartland, Inc. v. Reynolds ex rel. State*, 975 N.W.2d 710 (Iowa 2022), «it isn't for us, as justices on a court, to decide whether the Iowa Constitution should provide a right to abortion; we must decide whether the Iowa Constitution in fact does provide a right to abortion».

²¹ STS 169/2023, cit., 6. In termini contrari, però, con STS 1612/2024, de 15 de octubre, la *Sala de lo Contencioso-Administrativo* dello stesso TS ha riconosciuto – in favore degli impiegati pubblici – il diritto delle famiglie monogenitoriali di estendere il congedo di maternità da 16 a 26 settimane per evitare una discriminazione nei confronti dei minori appena nati rispetto a quelli di famiglie bigenitoriali.

3. *Self-restraint v. judicial activism*: comparazione, Corti e (almeno) due casi opposti in materia di aborto

Sul piano comparato, la casistica di alcune esperienze presso organi di giustizia costituzionale è utile per inquadrare l'argomento in una prospettiva "dinamica", dando conto delle contrapposizioni plasmate nel confronto tra opinioni maggioritarie e dissenzienti. L'applicazione di norme e principi a casi concreti mostra la radice più profonda delle premesse teoriche, rivelando l'irriducibile conflitto tra posizioni agli antipodi quanto al confine ultimo della funzione del Giudice e, soprattutto, al ruolo che quest'ultimo e il potere legislativo sono chiamati a svolgere in relazione alla definizione normativa – ed eventuale inerzia – di situazioni controverse sul piano etico-sociale.

In particolare, il problema si pone soprattutto rispetto a contesti nei quali si identifica l'esistenza di una lacuna che, in assenza di un intervento del Legislatore, si ritiene debba essere "riempita" dal giudice: in questa prospettiva, l'assenza di regolamentazione è intesa sempre in un'accezione negativa, senza ammettere che la discrezionalità legislativa possa tradursi anche nella volontà di non intervenire e, quindi, «nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento»²².

Sullo sfondo, si staglia un conflitto che incide sulla stessa idea del costituzionalismo, come barriera al potere (giudiziario o normativo) e limite "intermedio" al riconoscimento e tutela giudiziaria dei diritti. Il riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza ed al ruolo giocato da Legislatori e Corti costituzionali è evocativo del conflitto in questione, con specifico riferimento a due recenti decisioni – opposte quanto a metodo e merito – da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti²³ e della *Corte Constitucional* colombiana.

Nel primo caso, in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*²⁴ la Corte Suprema ha dichiarato che non è possibile ricavare dal testo e dal significato storico della Costituzione un diritto "federale" all'aborto – riconosciuto in *Roe v. Wade* (1973) e confermato, nelle sue linee generali, in *Planned Parenthood v. Casey* (1992)²⁵ – rimanendo ogni regolamentazione in proposito nelle mani delle Assemblee legislative statali²⁶. Il rinvio alla

²² N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 10.

²³ Sull'aborto negli Stati Uniti, tra diritto e giurisprudenza, cfr. A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2022, 51 ss.

²⁴ 597 U.S. 215 (2022).

²⁵ Come è noto, in *Casey* la Corte Suprema ha superato il criterio formale della "teoria dei trimestri" di *Roe* con quello "sostanziale" dell'*undue burden test*.

²⁶ Forse anche in quelle del Legislatore federale, come affermato in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215, 338 (2022) (Kavanaugh, J., concurring). «The Constitution is neutral and leaves the issue [of abortion] for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress». Per E. Chemerinsky, *A Momentous Year in the Supreme Court, October Term 2021*, Chicago, 2022, 20, «Dobbs means that the issue of abortion is left to the political process, for the States and perhaps Congress». *Contra*, W. Hodes, *A Federal Gestational*

separazione dei poteri ed al *self-restraint* del potere giudiziario²⁷ rispetto alla discrezionalità legislativa si coglie nel superamento del *judicial activism* imputato a *Roe* e nell'esigenza di riservare la decisione in merito alla disciplina dell'aborto solo agli organi elettivi, rappresentativi della sovranità popolare²⁸.

Apprendo una parentesi sul modello americano, sia consentito evidenziare che il rinvio originalista ai soli diritti fondamentali «deeply rooted in this Nation's history and tradition»²⁹ da parte degli organi giurisdizionali – sovente interpretato in una prospettiva di limitazione o “non-riconoscimento” di nuovi diritti – non necessariamente conduce a decisioni di convalida di ogni possibile restrizione in materia di aborto³⁰.

Con riferimento all'interruzione di gravidanza per preservare la vita o salute della donna, la Corte Suprema del North Dakota ha ritenuto che «North Dakota's history and traditions, as well as the plain language of its Constitution, establish that the right of a woman to receive an abortion to preserve her life or health was implicit in North Dakota's concept of ordered liberty»³¹. In quest'ultima dimensione, è stato impiegato come argomento determinante il fatto che già la legislazione del *Territory of Dakota* – prima della divisione in North e South Dakota e della loro incorporazione alla Federazione (1889) – contemplava la predetta eccezione, rimasta tale in tutte le leggi successive³².

In termini analoghi, la Corte Suprema dell'Oklahoma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione statale che impediva *tout court* l'interruzione della gravidanza «except to save the life of a pregnant woman in a medical emergency»³³. Assumendo quale parametro l'art. II, §7 Cost.³⁴, essa ha affermato che «our history and tradition have therefore recognized a right to an abortion when it was necessary to preserve the life of the

Age Abortion Ban is the Wrong (and Unconstitutional) Hill for the Pro-Life Movement to Die On, in *The Federalist Society*, 17 August 2023.

²⁷ Vedi M. Massa, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2023.

²⁸ Cfr. J.C. Suk, *A World Without Roe: The Constitutional Future of Unwanted Pregnancy*, in 64 *Wm. & Mary L. Rev.* 443 (2022). *Contra*, A. Ridolfi, «Roe and Casey are overruled». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2023, 44, secondo il quale «quello propugnato dagli originalisti è sempre attivismo giudiziale, ma in senso regressivo».

²⁹ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

³⁰ Cfr. D.H. Gans, *Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion*, in 75 *SMU L. Rev. Forum* 191 (2022) e J.M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, in 24 *Const. Comment.* 291, 294 (2007), secondo cui «the right to abortion flows from the Constitution's original meaning», con particolare attenzione alla *Equal Protection Clause* e *Privileges or Immunities Clause* del XIV Emendamento. Vedi anche J.M. Balkin, *Living Originalism*, Harvard, 2014, 214 ss. e S. Graines, J. Wyatt, *The Abortion Right, Originalism and the Fourteenth Amendment*, in 47 *Clev. St. L. Rev.* 161 (1999).

³¹ *Wrigley v. Romanick*, 2023 N.D. 50, 15 (2023). Cfr. art. I, §1 Cost.: «All individuals are by nature equally free and independent and have certain inalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty».

³² Cfr. *Wrigley v. Romanick*, cit., 12-13.

³³ Okla. Stat. tit. 63 §1-731.4, B.1.

³⁴ «No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law».

pregnant woman»³⁵. Nel merito, secondo la Corte l'eccezione al divieto totale di aborto era troppo stringente, in quanto subordinava l'interruzione della gravidanza alla sola presenza di un'emergenza medica già in atto: di conseguenza, «requiring one to wait until there is a medical emergency would further endanger the life of the pregnant woman and does not serve a compelling state interest»³⁶.

La questione non è nuova. Sul punto – seppur a livello di *statutory interpretation* e con un parametro di giudizio distinto – una Corte distrettuale dell'Idaho aveva sospeso in via cautelare le disposizioni della legge statale che prevedevano un divieto assoluto, in quanto contrastanti con le obbligazioni imposte ai medici dall'*Emergency Medical Treatment and Labor Act* (EMTALA) federale del 1986³⁷. A suo avviso, infatti, «when an abortion is the necessary stabilizing treatment, EMTALA directs physicians to provide that care if they reasonably expect the patient's condition will result in serious impairment to bodily functions, serious dysfunction of any bodily organ or part, or serious jeopardy to the patient's health. In contrast, the criminal abortion statute admits to no such exception. It only justifies abortions that the treating physician determines are necessary to prevent the patient's death»³⁸.

Detta decisione è stata prima revocata dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito e poi «ripristinata» dallo stesso giudice a seguito di *rehearing en banc*. Il 20 novembre 2023, l'Idaho ne ha chiesto dinanzi alla Corte Suprema federale la sospensione cautelare, poi accolta: il caso è stato discusso forma di *certiorari before judgment* (24 aprile 2024) e deciso con sentenza del 27 giugno 2024³⁹.

Da ultimo, per la Corte Suprema dell'Indiana il ricorso all'aborto in casi di emergenza per la vita della madre è dotato di copertura costituzionale, in quando «is so firmly rooted in Indiana's history and traditions, it is a

³⁵ *Oklahoma Call for Reproductive Justice v. Drummond*, 2023 OK 24, §8 (2023). *Contra*, Kane, C.J., dissenting, §1 («[t]here is no expressed or implied right to abortion enshrined in the Oklahoma Constitution») e Kuehn, J., dissenting, §9 («The Oklahoma Constitution does not include a right to abortion. The people, or their elected representatives, may include this limited protection in the Constitution»).

³⁶ Sul punto, già in *Roe v. Wade*, cit., 173 (Rehnquist, J., dissenting), era stato affermato che «if the [...] statute were to prohibit an abortion even where the mother's life is in jeopardy, I have little doubt that such a statute would lack a rational relation to a valid state objective». Il tema è stato ripreso in *Dobbs v. Jackson*, cit., 339, nota 2 (Kavanaugh, J., concurring).

³⁷ *United States of America v. State*, 623 F. Supp.3d 1096 (2022). *Contra*, vedi *Texas v. Becerra*, 623 F. Supp.3d 696, 704 (2022): nel sospendere il provvedimento del *Department of Health and Human Services* che garantiva il ricorso all'aborto in situazioni di emergenza, la Corte ha affermato che «that guidance goes well beyond EMTALA's text, which protects both mothers and unborn children, is silent as to abortion, and preempts state law only when the two directly conflict».

³⁸ 623 F. Supp.3d 1096, cit., 1109.

³⁹ Cfr. *Moyle v. United States*, 603 U.S. 324 (2024). La richiesta di *certiorari* è stata respinta *per curiam* (senza motivazione) in quanto «improvidently granted» e la sospensione cautelare concessa dalla stessa Corte Suprema revocata. La sentenza contiene due opinioni concorrenti (Kagan, condivisa da Sotomayor e Jackson; Barrett, condivisa da Roberts e Kavanaugh), una concorrente/dissenziente (Jackson) e una dissenziente (Alito, condivisa da Thomas e in parte Gorsuch).

relatively uncontroversial legal proposition that the General Assembly cannot prohibit an abortion procedure that is necessary to protect a woman's life or to protect her from a serious health risk»⁴⁰.

In un orizzonte più ampio, assume interesse la pronuncia della Corte Suprema del Kansas in ordine all'illegittimità della proibizione di una specifica tecnica abortiva (*Dilation and Evacuation*). Attraverso una approfondita ricostruzione storica – nella quale si susseguono richiami ai lavori preparatori della Costituzione del 1859, alla filosofia di Locke sui diritti naturali, nonché alla dottrina di Coke, Blackstone e Burke – essa è giunta a riconoscere che «our Kansas Constitution's drafters' and ratifiers' proclamation of natural rights applies to pregnant women. This proclamation protects the right to decide whether to continue a pregnancy»⁴¹.

Nel caso della Colombia, la soluzione è stata antitetica, sul piano interpretativo e della soluzione adottata. Innanzitutto, si tenga presente l'esistenza di una legislazione che, in origine proibitiva di qualsiasi possibilità di interruzione della gravidanza (art. 122 c.p.) in seguito alla Sentenza C-355/06 della *Corte Constitucional* ha ammesso – per la prima volta – il ricorso all'aborto nei soli casi di pericolo per la vita o salute della madre, grave malformazione del feto che non ne consenta la sopravvivenza e gravidanza frutto di violenza sessuale/incesto.

Con Sentenza C-055/22 (21 febbraio 2022), il Giudice costituzionale si è spinto oltre, riconoscendo (per cinque voti a quattro) la possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza fino alla ventiquattresima settimana⁴², estendendo il diritto all'aborto – sotto l'influenza di *Roe* (ancora in vigore negli Stati Uniti) – oltre la casistica del 2006 e configurando un limite temporale che ha pochi termini di paragone in altri ordinamenti⁴³. Prestando attenzione alla libertà di coscienza, la Corte affermava che era necessario realizzare un attento bilanciamento tra il bene giuridico (vita) che si intende proteggere attraverso una misura restrittiva di carattere penale e il sacrificio che, a partire da quest'ultima, deriva in capo ad un altro bene di pari grado.

In questo difficile equilibrio, il peso della libertà di autodeterminazione sarà maggiore «en tanto más intensa sea la conexión con la integridad corporal, física y emocional de la persona que alega su protección y con su dignidad humana»⁴⁴. Nel caso di specie, la libertà di coscienza si traduce nella decisione della donna – personalissima, individuale ed intrasferibile – di scegliere o meno se procreare, d'accordo con le proprie scelte di vita e convinzioni personali.

⁴⁰ *Members of the Medical Licensing Board of Indiana v. Planned Parenthood*, 211 N.E.3d 957, 976 (2023).

⁴¹ *Hodes & Nauser v. Schmidt*, 440 P.3d 461, 486 (2019).

⁴² Non a caso coincidente con il termine del secondo trimestre enunciato in *Roe* (entro cui lo Stato può intervenire sulla regolamentazione dell'aborto, al fine di tutelare la vita della madre) e limite a partire dal quale è riscontrabile la *viability* del feto: cfr. *Roe v. Wade*, cit., 160.

⁴³ Ripercorre il ruolo della *Corte Constitucional* nella depenalizzazione dell'aborto in Colombia S. Mancini, *La depenalizzazione dell'aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico*, in *BioLaw J.*, sp. 1, 2023, 191-206.

⁴⁴ Sentencia C-055/22, §372.

Alla luce di queste considerazioni, la previsione di un divieto generalizzato di aborto (pur circoscritto dalla sentenza del 2006) si configurava come un'imposizione "esterna" dello Stato, che incideva sulla personalità della donna e si sostituiva alle sue decisioni circa il proprio piano di vita, senza tenere in considerazione le fasi di sviluppo della gravidanza ed il fatto che la protezione della vita prenatale deve realizzarsi in modo graduale⁴⁵.

Tale decisione è stata fondata sul ricorso ad un'interpretazione evolutiva della Carta costituzionale, derivata da una «modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia constitucional que plantea el delito del aborto consentido»⁴⁶. A sua volta, detta impostazione è tributaria, da un lato, di una specifica (auto)considerazione della *Corte Constitucional* quale Giudice delle Leggi "super-potente"⁴⁷ che, dall'entrata in vigore della Carta costituzionale (1991), emerge per il suo forte attivismo e la creazione di nuovi diritti⁴⁸ – in una prospettiva "neocostituzionalista" – sui quali persiste un significativo conflitto giuridico, politico e sociale⁴⁹.

Dall'altro, la stessa Corte si segnala per la sempre più frequente applicazione della teoria della Costituzione quale «texto viviente, pues su significado se adapta a los cambios sociales, económicos, políticos y culturales»⁵⁰. Si tratta, quindi, di una lettura della Carta costituzionale, già patrocinata dalla dottrina, come fonte «viviente y transformadora»⁵¹, a partire dalla quale «[...] constitutional rights should be placed at the center of the Constitution [...] judges should strive to make these rights real, and [...] the law should be used to transform reality and deal with problems such as socioeconomic inequality»⁵².

È suggestivo, inoltre, il fatto che questa sentenza richiami numerosi passaggi di *Roe* (e *Casey*) tre mesi prima dell'*overruling* da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, fondando l'esistenza di un "nuovo" diritto sulla base di un diritto che tale non è più nell'ordinamento richiamato: risulta suggestivo provare a chiedersi se, a fronte del "fatto compiuto" di *Dobbs*, una risposta successiva della *Corte Constitucional* sarebbe stata diversa.

⁴⁵ *Ivi*, §399.

⁴⁶ *Ivi*, §229. *Contra*, il salvamento de voto del Magistrado Ibáñez Najar, §71: «si el significado de la Constitución debe 'evolucionar' para, como un texto 'viviente', sobrevivir a todos los pronunciamientos de órganos internacionales, entonces no habría supremacía constitucional sino supremacía de pronunciamientos y estudios de órganos o expertos internacionales».

⁴⁷ Vedi M. Feoli, *Las Cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?*, in *Pensamiento jurídico*, 41, 2015, 127-162.

⁴⁸ In materia di eutanasia (C-239/97 e C-233/21), matrimonio omosessuale (C-577/11 e SU 214/16), adozione omogenitoriale (C-683/15) e suicidio assistito (C-164/2022).

⁴⁹ Cfr. M.P. Saffon, M. García-Villegas, *Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia* e L. Lizarazo-Rodríguez, *Constitutional adjudication in Colombia: avant-garde or case law transplant? A literature review*, entrambi in *Rev. Estud. Socio-Jur.*, 13(1), 2011, 75-107 e 145-182.

⁵⁰ Da ultimo, Sentencia C-233/21, §167.

⁵¹ M.J. Cepeda Espinosa, *La Constitución de 1991: viviente y transformadora*, Bogotá, 2022.

⁵² D. Landau, *Justice Cepeda's Institution-Building on the Colombian Constitutional Court: A Fusion of the Political and the Legal*, in R. Abeyratne, I. Porat (Eds.), *Towering Judges. A comparative study of constitutional Judges*, Cambridge, 2021, 220.

In particolare, il rinvio a *Roe* non è solo frutto di un utilizzo del diritto comparato quale «ricognizione di norme e di precedenti giudiziari in qualche modo connessi al caso da decidere»⁵³, bensì sembra operare come vera e propria base sostanziale indispensabile per fissare alla ventiquattresima settimana di gestazione il discrimine tra illiceità e liceità delle restrizioni all'aborto, come «momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio di diritto che serve a risolvere il caso sottoposto»⁵⁴.

In tempi ancor più recenti, è possibile identificare la creazione di un (nuovo) diritto fondamentale all'aborto a partire dal criterio dell'interpretazione evolutiva della coscienza sociale nell'ultima giurisprudenza in materia del TC spagnolo. In particolare, nel riconoscere con la STC 44/2023 la legittimità costituzionale del (solo) *sistema de plazos* (di fatto “prospettando” l'incostituzionalità di qualunque riforma in senso contrario), esso ha affermato – sulla scia della teoria del *living tree*⁵⁵ – che «los consensos acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución hasta su regulación como derecho de las mujeres y correlativa prestación sanitaria»⁵⁶.

Il riferimento all'evoluzione della coscienza sociale, tuttavia, è stato temperato (quando non poi eluso) dallo stesso TC, nel momento in cui il riconoscimento di tale diritto è stato subito “assolutizzato” attraverso l'ancoraggio ai principi costituzionali di dignità e libero sviluppo della persona (art. 10.1 CE), nonché al diritto all'integrità fisica e morale (art. 15 CE). Il cambio argomentativo – dalla *living Constitution* come dottrina “strutturale” alla *living Constitution* quale argomento *ad adiuvandum* – non è casuale, in quanto l'aggancio del neonato diritto costituzionale all'aborto a diritti già “positivizzati” evita che il primo rimanga in balia delle oscillazioni socio-culturali che potrebbero condurre in futuro ad una soluzione giurisprudenziale opposta. A sua volta, ciò non esclude la persistenza delle problematiche sottese all'uso del parametro evolutivo e della Costituzione come *living tree*, «a teasing imprecision that makes it a coat of many colors»⁵⁷.

In questo modo, a fronte di una pronuncia “costituente” del Giudice delle Leggi «la questione è, per così dire, “chiusa” per sempre, con la forza cogente della Costituzione stessa (per interposta Corte costituzionale), cioè con la definitività che una normazione costituzionalmente richiesta si porta appresso»⁵⁸, costituzionalizzandosi in modo improprio una legittima scelta politica del Legislatore che non potrà più essere superata se non (forse) attraverso una riforma costituzionale.

⁵³ G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2022, 86.

⁵⁴ *Ivi*, 79.

⁵⁵ A partire da Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada*, [1930] AC 124 (c.d. *Persons Case*).

⁵⁶ STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ2.C.c.iv (pubblicata in B.O.E., 12 de junio de 2023, n. 139, Sec. TC, 83708 ss.).

⁵⁷ W.H. Rehnquist, *Notion of a Living Constitution*, in 54 *Texas L. Rev.* 693, 693 (1976).

⁵⁸ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 97. Negli stessi termini, cfr. il voto *particular* della Magistrada Espejel Jorquera (STC 44/2023, cit., 83783).

Non è casuale che, nel *voto particular concurrente* della *Magistrada* Balaguer Callejon, tale canone ermeneutico sia considerato non indispensabile al fine della decisione in esame. Al contrario, è stata ritenuta sufficiente un'interpretazione "costruttiva" (più pervasiva rispetto all'oscillante criterio della coscienza sociale) che individua nell'interruzione volontaria della gravidanza una decisione "naturale" della donna – non bilanciabile con altri diritti – «como individuo libre, consciente y responsable, capaz de asumir las obligaciones derivadas de sus percepciones morales»⁵⁹.

4. Considerazioni conclusive

Nel dibattito sul rapporto tra separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali – qui circoscritto al tema dell'aborto – sembra farsi sempre più spazio l'impostazione secondo cui «there are no 'human rights' other than those that are won through political struggle and determined campaigning. Lawyers are not politicians. Judges can occasionally deliver short cuts on the way to freedom, but such advances are always contingent on political consolidation»⁶⁰.

Aderendo a tale tesi, in materia di diritti fondamentali è possibile compiere un passo ulteriore: se è vero che un diritto soggettivo è tale in quanto oggetto di disciplina normativa e che «la prima e più probante riprova della natura dei bisogni stessi e della bontà dunque della loro pretesa ad essere qualificati in termini di autentici "diritti fondamentali" [...] è data proprio dalla convergenza degli orientamenti a riguardo del loro riconoscimento»⁶¹, ne deriva che la conversione di detto principio in regola applicativa deve avvenire attraverso la fonte legale, in concreto quella costituzionale⁶².

In questo modo, si può individuare un legame profondo tra diritti fondamentali e procedimento di revisione costituzionale, con particolare attenzione all'esistenza di limiti sostanziali a quest'ultimo: infatti, «associandosi la fundamentalità (per l'ordinamento) all'espressione del potere costituente [...], dalla differenza tra spazio disponibile per il potere

⁵⁹ STC 44/2023, cit., 83776.

⁶⁰ C. Gearty, *The politics of abortion*, in 19(4) *J.L. & Soc.* 441, 453 (1992). La tesi è ripresa da R. Gargarella, *The Law as a Conversation among equals*, Cambridge, 2022, 319: «(i) contrary to what much of legal theory has forcefully and long resisted, meaningful "democratic" discussion of our fundamental rights is both possible and desirable; (ii) the spheres of rights and democracy are intimately connected, not separate [...], (iii) decisions on issues of public interest can be reached through deliberative inclusive conversation».

⁶¹ A. Ruggeri, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Riv. Diritti comparati*, 2, 2022, 563.

⁶² In questo senso si è espresso il giudice Arnaldo Alcubilla nell'opinione dissenziente alla STC 19/2023, che ha riconosciuto un diritto fondamentale all'autodeterminazione in materia di eutanasia, a partire dal diritto alla vita (art. 15 CE): «Ni el legislador ni el Tribunal Constitucional pueden sustituir al poder constituyente, erigiéndose en una especie de poderes constituyentes. Un derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución» (*voto particular*, §2).

costituito e spazio disponibile per il potere costituente si ricaverebbe un contenuto proprio della fondamentalità»⁶³.

Si tratta, in definitiva, di (ri)mettere al centro del sistema la Costituzione quale strumento di garanzia privilegiata della separazione dei poteri. Tale posizione vale sia sul piano formale – non essendo essa un foglio bianco sul quale il Legislatore (ordinario) e la Corte costituzionale possono scrivere ciò che preferiscono⁶⁴ – sia a livello di garanzie e scelte decisionali, avendo la Costituzione un carattere “limitato” (quale riflesso del *limited government*) ed esistendo dei “vuoti costituzionali” rimessi all’eventuale decisione del Parlamento⁶⁵. È allora necessario insistere sull’esistenza “ontologica” di «spazi larghi lasciati dai confini tracciati dal diritto costituzionale giurisprudenziale» entro i quali «esistono molteplici diverse soluzioni legislative potenziali dei problemi che la comunità deve affrontare; e tutte queste possibili soluzioni, in tutta la loro varietà, se contenute dentro l’ambito predetto, devono considerarsi costituzionalmente equivalenti (sotto il profilo della loro ammissibilità per la Costituzione formale)»⁶⁶, senza pretendere che la Costituzione dica «tutto su tutto e, magari, lo dica sempre nel migliore dei modi»⁶⁷.

Esiste, infatti, una dimensione valoriale sottesa alla funzione costituente del Legislatore, il solo al quale dovrebbe essere demandata la creazione di nuovi diritti fondamentali attraverso il procedimento aggravato di revisione: pertanto, «decidir sobre los valores y objetivos a los que debe servir el Derecho es una cuestión que –siempre que se mantenga dentro del marco constitucional– pertenece a la esfera de acción de la política y, por tanto, a los órganos eminentemente políticos»⁶⁸.

Sul piano della giustiziabilità dei diritti fondamentali, si apre un delicato scenario di interpretazioni contrapposte. Per un verso, si osservano posizioni volte ad estendere il contenuto “di partenza” di tali libertà – o, addirittura, a configurarne declinazioni ulteriori, secondo la prospettiva del catalogo “aperto” dei diritti fondamentali⁶⁹ e delle *penumbras* da questi

⁶³ E. Stradella, *Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato*, in V. Baldini (cur.), *Cos’è un diritto fondamentale? Atti del Convegno Annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Napoli, 2017, 67-68.

⁶⁴ Cfr. STC 198/2012, de 6 de noviembre, *voto particular concurrente* del giudice Aragón Reyes (B.O.E., 28 de noviembre de 2012, n. 286, Sec. TC., 208).

⁶⁵ Vedi *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 624-625 (1964) (Mr. Justice Harlan, dissenting): «The Constitution is not a panacea for every blot upon the public welfare [...]. For when, in the name of constitutional interpretation, the Court adds something to the Constitution that was deliberately excluded from it, the Court, in reality, substitutes its view of what should be so for the amending process».

⁶⁶ G. Boggetti, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali*, cit., 345.

⁶⁷ A. Ruggeri, *La “fondamentalità” dei diritti fondamentali*, in *Riv. Diritti Comparati*, 3, 2023, 150.

⁶⁸ *Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, Don Manuel García-Pelayo y Alonso, con motivo de su constitución pública (12 de julio de 1980)*, in Tribunal Constitucional, *Discursos de sus Presidentes (1980-2005)*, Madrid, 2006, 19.

⁶⁹ Con riferimento all’ordinamento italiano, cfr. A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 80 ss.; *contra*, a favore della natura “chiusa” di tale catalogo (che non ne impedisce una lettura “evolutiva”, a partire dalle disposizioni costituzionali espresse), A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 4 ss. Infine, nella prospettiva statunitense del Nono

ricavabili⁷⁰ – sulla base degli sviluppi della coscienza sociale; rimane in ogni caso fermo il grande problema di definire (ove mai possibile) il significato preciso di tale ultima categoria, al fine di comprendere «sulla base di quali dati e presupposti possano essere scorti e interpretati i mutamenti» di questa coscienza⁷¹. Per l'altro, si aspira a “contenerne” in sede giudiziaria il perimetro applicativo entro i confini “originari”, tracciati – o meno, laddove il diritto non sia ancora stato riconosciuto – dal Legislatore al momento dell'adozione dell'atto in questione⁷².

Il principio della separazione dei poteri deve quindi imporre, in capo al Giudice costituzionale e nel rapporto con il Legislatore, un attento sforzo di *self-restraint*, soprattutto laddove entri in gioco la tematica del riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali. Ciò è necessario per preservare uno dei valori supremi sui quali si fonda – a partire dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 – il costituzionalismo moderno, non solo ai fini del rispetto di una regola “procedimentale”, bensì proprio per garantire che la protezione di tali nuovi diritti (configurati dal Legislatore) sarà svolta in modo istituzionalmente corretto e “prevedibile”, in quanto sottratta alle oscillazioni (in ogni direzione) di un'eterea coscienza sociale.

Il riferimento alla regolamentazione politico-normativa dell'aborto in diversi Stati degli Stati Uniti all'indomani di *Dobbs* – in una prospettiva “estensiva” o, comunque, di non limitazione ulteriore (rispetto alla legislazione ordinaria) nelle Carte costituzionali – è qui obbligato. Con referendum costituzionale del 2 agosto 2022, il 59% degli elettori del Kansas ha respinto l'adozione del *Value Them Both Amendment* (che avrebbe introdotto in Costituzione il riferimento all'assenza di un tale diritto e rimesso la questione al Legislatore) e, in modo analogo, si sono espressi quelli di Kentucky e Montana nel referendum dell'8 novembre 2022. Nella stessa consultazione referendaria, California, Michigan e Vermont hanno invece approvato l'inserimento di un diritto all'aborto nelle rispettive Costituzioni e lo stesso ha fatto l'Ohio nel referendum del 7 novembre 2023.

A margine, l'importanza del tema è anche sottolineata dal fatto che le elezioni popolari per la scelta di un giudice della Corte Suprema del Wisconsin (4 aprile 2023 e 1° aprile 2025) e della Pennsylvania (7 novembre 2023) sono state largamente incentrate sul tema dell'aborto – sulla scia delle differenti interpretazioni del caso *Dobbs* – e sono state vinte dal candidato *pro-choice*.

Guardando al futuro, il 5 novembre 2024 gli elettori di New York decideranno su un emendamento costituzionale per vietare la negazione di diritti a qualsiasi persona in ragione della sua gravidanza, del suo esito, salute riproduttiva e autonomia, mentre quelli del Maryland voteranno sul *Right to Reproductive Freedom Amendment*, volto ad introdurre in Costituzione il diritto di libertà riproduttiva, definito quale diritto di prevenire, continuare

Emendamento, A.B. Sanders, *Baby Ninth Amendments. How Americans Embraced Unenumerated Rights and Why It Matters*, Ann Arbor, 2023.

⁷⁰ Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965).

⁷¹ N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”*, cit., 12-13.

⁷² Cfr. C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè, in I. Nicotra (cur.), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 229 ss.

o porre termine alla propria gravidanza. In termini ancor più ampi, gli elettori della Florida si pronunceranno sulla possibilità di garantire l'aborto in Costituzione sino al momento della *viability*.

Ritornando alla riflessione generale, il Giudice deve quindi impiegare «its limited power to interpret the original meaning», anziché creare *ex novo* «a new meaning which it believes represents a better governmental policy»⁷³. In questo senso, occorre rifuggire la tentazione di essere travolti dall'idea di un «pangiuridicismo costituzionale»⁷⁴ che, a compensazione di un *horror vacui*⁷⁵, determina la configurazione di «constitutional resources to constitutionalize all political and legal conflicts – it constrains and guides their resolution in the name of constitutional rights»⁷⁶ e, in parallelo, passare dalla “Costituzione vivente” alla “democrazia costituzionale vivente”⁷⁷.

Si impone allora la necessità – fuori da ideologie ed interpretando il rapporto Giudice-Legislatore nel modo più “laico” possibile⁷⁸ – di «correggere una sorta di presbiopia costituzionale che, nello sforzo di mettere a fuoco l'universalità dei diritti, ha finito per perdere di vista i confini dei poteri»⁷⁹, in modo da «contribuire alla costruzione di una teoria della giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *iuris-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*»⁸⁰.

Inoltre, è stato osservato che, a fronte di una creazione giudiziaria di nuovi diritti, per un verso essi «sono diritti assoluti, cioè nascono privi di limitazioni» e, per l'altro, si pone la grande difficoltà di «immaginare come potrebbe un giudice elaborare limiti al nuovo diritto radicati in interessi generali senza fuoriuscire dai limiti istituzionali della funzione giurisdizionale»⁸¹, in un «traffico dei diritti insaziabili»⁸² nel quale pretese e aspettative politiche sono *ex nihilo* convertite in diritti costituzionali.

⁷³ *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 672 (1966) (Black, J., dissenting).

⁷⁴ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170.

⁷⁵ Cfr. R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

⁷⁶ M. Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in 7 *German L.J.* 341, 344 (2006).

⁷⁷ Cfr. J.A. Tello Mendoza, *El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva*, in *Rev. Der. Pol.*, 116, 2023, 135-165.

⁷⁸ Per tutti, sull'aborto, A.R. Amar, *The End of Roe v. Wade*, in *The Wall Street Journal*, 14 May 2022: «I am a Democrat who supports abortion rights but opposes *Roe*. The Court's ruling in the case was simply not grounded either in what the Constitution says or in the long-standing, widely embraced *mores* and practices of the country».

⁷⁹ L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *Riv. AIC*, 07/2022.

⁸⁰ N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”*, cit., 16.

⁸¹ M. Cartabia, *In tema di “nuovi” diritti*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 639. Come ricordato da Corte cost., 5 giugno 1956, n. 1, «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile».

⁸² L. Antonini (cur.), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Milano, 2007.

La stessa interpretazione originalista dovrebbe essere depoliticizzata, astraendola (in questo caso, guardando agli Stati Uniti) dalla dimensione repubblicano-conservatrice alla quale è oggi ricondotta – a partire dalla “rivoluzione reaganiana” degli anni Ottanta – e riportandola alla preliminare neutralità concettuale che le è propria. A titolo di esempio, all’interno dell’orizzonte culturale *liberal* si vedano, astraendo da giudizi di merito, l’utilizzo della storia e tradizione operato da *Justice* Jackson nella discussione orale di *Merrill* (poi *Allen*) *v. Milligan* – in ordine alla configurazione e significato (presuntamente) originari del XIV Emendamento rispetto all’elemento razziale⁸³ – o il costante ricorso alla categoria della *original Constitution* da parte di *Justice* Stevens nella *dissenting opinion* in *District of Columbia v. Heller*⁸⁴, a titolo di controcanto originalista all’originalismo della maggioranza⁸⁵.

Allo stesso modo, in una prospettiva non conservatrice è stato ricordato che «nel caso dell’esperienza costituzionale italiana [...] un approccio di tipo originalista valorizzerebbe semmai gli elementi di costituzionalismo democratico-sociale (dalle previsioni in tema di diritti sociali e di intervento pubblico nell’economia, al programma di uguaglianza sostanziale e di pieno sviluppo della persona, fino alle numerose disposizioni lavoristiche), a dispetto delle riletture “evolutive” in senso neo-liberale affermatesi negli ultimi trent’anni»⁸⁶.

Inoltre, la dimensione testualista/originalista non è estranea al nostro ordinamento, come dimostrato dall’art. 12, comma 1 delle Preleggi (nel riferimento al «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» ed alla «intenzione del legislatore») e dalla sua estensibilità anche all’interpretazione della Costituzione⁸⁷. In questo senso, «l’art. 12 non confligge con la Costituzione perché questa non detta norme sulla propria interpretazione, sicché l’art. 12 potrebbe applicarsi ad essa, per dir così, *ratione materiae*»⁸⁸.

Guardando al ruolo del giudice sotto questa lente, può sostenersi – in termini generali – che «a judge who likes every result he reaches is very likely a bad judge, reaching for results he prefers rather than those the law compels»⁸⁹; allo stesso tempo e in una prospettiva più ampia, un giudice che

⁸³ Cfr. *Official transcript*, 4 October 2022, 57-58. Sui limiti dell’originalismo di *Justice* Jackson, cfr. G. Romeo, *Are we (truly) all originalist now? The debate on constitutional interpretation and the Biden Presidency*, in *DPCE Online*, sp. 1, 2023, 109-124.

⁸⁴ 554 U.S. 570 (2008). Cfr. D.M. Amann, *John Paul Stevens, Originalist*, in 106(2) *Nw. U. L. Rev.* 743 (2012).

⁸⁵ La questione richiama il tema degli *uses and abuses of history*, a partire da A.H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, in *Supreme Court Rev.* 119 (1965) e C.A. Miller, *The Supreme Court and the uses of history*, Cambridge, 1969. Cfr. anche M.J. Festa, *Applying a Usable Past: The Use of History in Law*, in 38 *Seton Hall L. Rev.* 479 (2008). Il tema è stato affrontato nel presente Convegno (III Sessione parallela) da L.P. Vanoni, *Amicus Curiae e Original Public Meaning: l’uso della storia nelle argomentazioni costituzionali*.

⁸⁶ O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 07/2022, cit.

⁸⁷ Cfr. *ibidem*. Negli stessi termini, A. Vignudelli, “Quant’è bella correttezza, che si fugge tuttavia...” *Parte seconda. Dinamica giuridica*, in *Dir. quest. pubbl.*, 1, 2017, 402 ss.

⁸⁸ M. Barberis, *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in M. Barberis, A. Vignudelli, “Nuovi” *dialoghi sull’interpretazione*, Modena, 2013, 18.

⁸⁹ *A.M. v. Holmes*, 830 F.3d 1123, 1170 (2016) (Gorsuch, Circuit Judge, dissenting).

sia fedele al testo, all'intenzione del Legislatore ed allo spirito della legge «will not hesitate to preserve, protect, and defend the Constitution's original meaning, regardless of contemporary political consequences»⁹⁰.

In conclusione, si tratta di rifuggire, a fronte di legittime aspirazioni politico-sociali che si vogliono tradurre in altrettanti diritti fondamentali, i canti di sirena del “suprematismo giudiziario”, quale «attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare ‘realtà’ o ‘forme’ nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente»⁹¹.

Daniele Camoni
Dip.to di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale
Università degli Studi di Milano
daniele.camoni@unimi.it

⁹⁰ N. Gorsuch, *A Republic, if you can keep it*, New York, 2019, 115.

⁹¹ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 252, nota 1.