

# A proposito di Common-Good Constitutionalism

di Nicola Giovanni Cezzi

**Abstract: Apropos of Common-Good Constitutionalism** – The paper deals with the US literature on the authoritarian responses to the pandemic crisis: after the analysis of the main legal tools against the virus' spread, and a focus on the political clash between federal administration and states, the article addresses those proposals that advise for a strong executive reaction also for a new cycle of constitutionalism.

**Keywords:** Constitutionalism; Commerce Clause; Originalism; Emergency; Presidency.

1897

---

## 1. Introduzione

Anche negli Stati Uniti la diffusione del nuovo Coronavirus provoca effetti devastanti, a livello di perdite di vite umane, tenuta dei sistemi sanitari, impoverimento, divaricazione delle diseguaglianze. Anche negli Stati Uniti la reazione delle amministrazioni viene attentamente scrutinata dalla cronaca, che evidenzia le varie gradazioni di un'inevitabile inadeguatezza<sup>1</sup>. Anche negli Stati Uniti sono numerosi gli interventi delle autorità che si stratificano nel corso dei mesi, mettendo in discussione gerarchie e competenze normative<sup>2</sup>. Anche negli Stati Uniti si assiste a forti tensioni tra livelli di potere (tra federazione e stati, tra i vari stati, e tra stati e città). Anche negli Stati Uniti le istituzioni provano a riorganizzarsi, applicando le opportune tecnologie, per assicurare la continuità nell'esercizio delle funzioni pubbliche<sup>3</sup>. Anche queste istituzioni si trovano a

---

<sup>1</sup> Ci si limita a segnalare, per uno sguardo prospettivo, E. Yong, *The Next Plague Is Coming. Is America Ready?*, *The Atlantic*, July/August 2018, e, per uno retrospettivo, B. Rhodes, *The 9/11 Era Is Over*, *The Atlantic*, 6 aprile 2020.

<sup>2</sup> Per una campionatura v. G. Aravantinou Leonidi, *Stati Uniti Covid-19. Documentazione normativa*, in *Nomos*, 1/2020, e i dati raccolti su *Comparative Covid Law*: [www.comparativecovidlaw.com/united-states-of-america/](http://www.comparativecovidlaw.com/united-states-of-america/). Per un primo inquadramento del sistema socio-economico statunitense al cospetto della pandemia, v. M. Di Masi, *Stati Uniti d'America e CoViD-19: alcune fasi della gestione di una pandemia annunciata*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, ed E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. Cuocolo (a cura di) *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in Osservatorio emergenza Covid-19 di *Federalismi.it*.

<sup>3</sup> Ad esempio, la Corte Suprema ha svolto gli *oral arguments* nella prima metà di maggio tramite conferenza telefonica, disponendo, per la prima volta, la trasmissione in diretta degli interventi: sembra così momentaneamente superata la storica contrarietà della Corte ad ammettere dirette audiovisive di sorta (la presenza del pubblico finora ammessa è stata solo quella fisica, ma la partecipazione all'esterno è molto pronunciata); v. P. Magarò, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta*

prendere decisioni tragiche<sup>4</sup>. E anche negli Stati Uniti si è aperta una partecipata riflessione su costituzione e legislazione di emergenza<sup>5</sup>.

Tra queste e altre problematiche che la gestione dell'emergenza sanitaria sta presentando su quella sponda dell'Atlantico, in questa sede si tenterà di tracciare un percorso che, dall'assetto costituzionale che informa i rapporti tra poteri centrali e decentrati<sup>6</sup>, con particolare riferimento alle misure di contenimento di malattie virali, passa dal conflitto politico in corso tra le istituzioni del paese, per provare quindi a cogliere il senso dell'attenzione da più parti sollecitata verso possibili derive autoritarie nella gestione della crisi, da alcuni autorevolmente auspiccate anche per il costituzionalismo del futuro<sup>7</sup>.

1898

## 2. Quarantena e *Commerce Clause*

Il governo federale statunitense radica una delle sue principali autorità nei confronti degli stati sulla competenza a regolare il commercio interstatale (cd. *Commerce Clause*<sup>8</sup>) la cui interpretazione, almeno a far data dal caso *Gibbons v. Ogden* (22 U.S., 9 Wheat., 1824), è stata al centro delle polemiche che hanno segnato la storia della giurisprudenza costituzionale americana. È questa, peraltro, una di quelle previsioni costituzionali attorno a cui, da svariati decenni, si è incendiata la diatriba tra i sostenitori del cd. *originalism* e quelli del cd. *living constitutionalism* nell'attuazione della Costituzione<sup>9</sup>.

---

*Online*, 21 aprile 2020. Quanto alle assemblee legislative, il dibattito sull'opportunità e i modi di riunioni e deliberazioni a distanza da parte del Congresso muove dal richiamo al caso *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1 (1892) (su cui v. R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi parlamentari*, Milano, 2015, 277); il 27 maggio 2020 la House of Representatives ha votato seguendo nuove modalità per delega, previste come misura eccezionale e di durata limitata.

<sup>4</sup> La locuzione, oggi molto rievocata, è tratta da G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic choices. The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*, New York, 1978. Per una trattazione declinata sul versante dell'attuale pandemia v. i contributi contenuti nella sezione n. 5 (*At the bed side: scelte tragiche e risorse limitate*) dell'*instant forum* promosso dal *BioLaw Journal* (pubblicati sul fascicolo 2/2020). Con le dovute proporzioni, tragica può ritenersi la decisione presa dalla Corte Suprema nel caso riguardante le procedure elettorali nel Wisconsin, di cui si dirà nel terzo paragrafo.

<sup>5</sup> V. ad esempio l'*instant book* della Columbia Law School, curato da K. Pistor, *Law in the Time of COVID-19*, New York, 2020.

<sup>6</sup> Su cui si v. preliminarmente G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello stato e della regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1963; C. Bologna, *Stato Federale e "national interest", Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense* (Bologna, 2010); E. Mostacci, *Commerce power federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, 2018.

<sup>7</sup> Questa rassegna viene consegnata per la pubblicazione all'indomani dell'uccisione di George Floyd, quando le manifestazioni di protesta sono ancora in corso in tutto il paese.

<sup>8</sup> Art. I, sec. 8, par. 3 della Costituzione americana: *Congress shall have the Power to [...] regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.*

<sup>9</sup> Cfr. J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2011, 138. In breve, la giurisprudenza della Corte Suprema ha nel tempo elaborato una lettura della *commerce clause* non troppo compromettente nella direzione dell'espansione dei poteri federali, e comunque oscillante. Le principali *judicial doctrines* si sono basate su interpretazioni degli standard economici e sociali di vita che si sono imposti nel corso del XIX secolo, cercando così di preservare la distinzione

In tema di misure di prevenzione e contenimento delle malattie virali, all'interno dei confini americani, l'autorità della federazione non poggia su solide basi costituzionali. Questo tipo di misure sono state tradizionalmente riservate ai singoli stati, in virtù della competenza residuale a gestire il *police power* coinvolgente anche la salute pubblica. I primi riferimenti a questa prerogativa statale si potevano leggere già in *Gibbons*, in particolare in quei *dicta* in cui la Corte Suprema esemplificava – riferendosi a “inspection laws, quarantine laws, health laws of every description” – quella “mass of legislation” che abbraccia tutto ciò che non è stato rimesso al governo centrale.

La giurisprudenza federale è stata generalmente deferente verso questa competenza statale, ma non sono mancati casi di sindacato sull'irragionevolezza delle misure adottate o sull'irregolarità delle procedure a queste funzionali. Così, nell'ambito di un'epidemia di peste bubbonica scoppiata nel 1900 nella Chinatown di San Francisco, la Circuit Court del Northern District of California ha annullato la quarantena disposta dalle autorità locali su quel quartiere, ritenendola motivata solo su basi razziali<sup>10</sup>. Due anni dopo la Corte Suprema – in un caso riguardante una nave che trasportava migranti italiani e su cui, dopo l'approdo a New Orleans, le autorità della Louisiana avevano imposto la quarantena – ha ritenuto che la misura rappresentasse un esercizio ragionevole del *police power* statale, “in absence of federal preemption”, e che non violasse le norme costituzionali in materia di commercio interstatale, eguaglianza, giusto processo o trattati internazionali<sup>11</sup>. Dopo questa pronuncia la Corte Suprema non è più tornata sul tema dei rapporti tra scambi interstatali e quarantena. Altri casi di confinamento sociale hanno

---

tra poteri centrali e decentrati attraverso distinzioni tra problematiche nazionali e locali: e.g., commercio e agricoltura, o commercio e produzione, o effetti diretti o effetti indiretti sul commercio, e così via. Spesso si associano questi sistemi binari alla giurisprudenza della cd. *Lochner Era* (1897-1937), ma le radici si trovano già in alcuni *obiter dicta* del giudice Marshall in *Gibbons*. Le costruzioni binarie, alla cui accessione la giurisprudenza si è costretta da una timida accezione materiale del *commerce* come *trade*, iniziavano a essere sofferte con l'avanzare del XX secolo e, prima ancora, con lo sviluppo di telegrafi e ferrovie che connettevano parti del paese in precedenza isolate. I cd. *spillover effects* di attività economiche sempre nuove si moltiplicarono e la capacità della giurisprudenza di elaborare *crosscutting doctrines, distinctions and subdistinctions* non era utile più ad alcuna causa. Perso il contatto con l'oggetto genuino che denotava la materia-*interstate commerce*, l'interprete ha dovuto adattarsi alle nuove problematiche maturate da crescite e crisi, economiche e sociali, leggendo la clausola in chiave sempre più teleologica e funzionale, fino a far passare per la cruna di quella competenza normativa anche tutta la giurisprudenza a sostegno della lotta per i diritti civili della seconda metà del Novecento.

<sup>10</sup> È il caso *Jew Ho v. Williamson* (103 Fed Rep. 10, 1900), su cui v. C. McClain, *Of Medicine, Race, and American Law: The Bubonic Plague Outbreak of 1900*, in *Law & Social Inquiry*, 3/1988, 447.

<sup>11</sup> È il caso *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana Board of Health* (186 U.S. 380, 1902). Pochi anni dopo in *Jacobson v. Massachusetts* (197 U.S. 11, 92, 1905), riguardante un caso di obbligo vaccinale, la Corte ha sostenuto che un individuo può essere forzato alla quarantena “until it be ascertained by inspection, conducted with due diligence, that the danger of the spread of the disease among the community at large has disappeared”.

riguardato la prevenzione di malattie veneree<sup>12</sup> e tubercolosi<sup>13</sup>, e, più di recente, normativa e giurisprudenza in materia sono state rievocate in occasione delle epidemie di SARS e di Ebola.

A livello di amministrazione centrale, invece, viene in rilievo in primo luogo il Public Health Service Act (PHSA) (adottato nel 1944 e da allora più volte modificato), che autorizza il Secretary of Health and Human Services a prendere ogni misura necessaria a prevenire l'entrata dall'estero e la diffusione interstatale di malattie infettive. La competenza all'esercizio di queste funzioni è stata poi delegata all'agenzia federale integrata nei Centers for Disease Control and Prevention (CDC). Nel 2017 l'agenzia ha adottato una serie di regolazioni su quarantena e altre forme di isolamento, impostando un significativo accentramento normativo nei confronti degli stati: secondo queste regolazioni, infatti, i CDC possono isolare, mettere in quarantena, esaminare e vietare lo spostamento di chiunque sia ragionevolmente considerato portatore di malattie endemiche<sup>14</sup>. Tuttavia le procedure di contenimento previste dal PHSA mal si prestano a essere efficacemente imposte a tutti cittadini dei singoli stati, essendo garantito un ricorso individuale contro l'ordine di quarantena, prima verso lo stesso CDC e infine con l'impugnazione davanti al giudice federale.

Un'altra fonte di misure restrittive adottabili dall'amministrazione centrale è stata individuata nell'intervento militare, che il Presidente degli Stati Uniti potrebbe deliberare in qualità di *Comandante in Capo*. Tuttavia, il Posse Comitatus Act (PCA) (adottato nel 1878 e anch'esso più volte modificato) vieta che l'esercito possa condurre operazioni di *law enforcement* all'interno del suolo americano, mentre le eccezioni a questa regola non sembrano confacenti alla situazione emergenziale. Una, infatti, ammette l'intervento militare ma su espressa richiesta degli stessi stati<sup>15</sup>. Un'altra permette al Presidente di dispiegare la forza armata quando ritenga che “unlawful obstructions, combinations, or assemblages, or rebellion against the authority of the United States, make it impracticable to enforce the laws of the United States in any State by the ordinary course of judicial proceedings”<sup>16</sup>. Ancora, il Presidente potrebbe intervenire nello stesso senso quando ritenga necessario sopprimere “an insurrection, domestic violence, unlawful combination, or conspiracy”<sup>17</sup>: sebbene la previsione sia stata emendata nel 2006 per includervi casi di “natural disaster, epidemic, or other serious public health emergency”, questa integrazione è stata poi abrogata nel 2008. Infine, anche il ricorso alla Guardia Nazionale, composta da militari sia statali che federali,

1900

<sup>12</sup> S. Wasserman Stern, *The Long American Plan: The U.S. Government's Campaign Against Venereal Disease and Its Carriers*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 38/2015, 372.

<sup>13</sup> K.H. Rothenberg, E.C. Lovoy, *Something Old, Something New: The Challenge of Tuberculosis in the Age of AIDS*, in *Buffalo Law Review*, 42/1994, 715.

<sup>14</sup> Per questa ricostruzione v. W.E. Parmet, M.S. Sintha, *Covid-19. The Law and Limits of Quarantine*, in *The New England Journal of Medicine*, 9 aprile 2020.

<sup>15</sup> V. 42 U.S. Code § 5192. *Federal emergency assistance*.

<sup>16</sup> V. 10 U.S. Code § 252. *Use of militia and armed forces to enforce Federal authority*.

<sup>17</sup> V. 10 U.S. Code § 253. *Interference with State and Federal law*.

porrebbe problemi simili, rendendo le unità fedarli una forza armata ostile ai singoli stati<sup>18</sup>.

Resta, invece, difficile da esplorare<sup>19</sup> la strada che porterebbe a un intervento federale sulla base di un'autorizzazione del Congresso rilasciata in virtù della citata *Commerce Clause*, quantomeno per la tensione che caratterizza tanto i rapporti attualmente intercorrenti tra Camera di Rappresentati ed esecutivo<sup>20</sup>, quanto quelli tra amministrazione centrale e stati, su cui si tornerà nel paragrafo successivo<sup>21</sup>. Peraltro, gli stessi poteri che il Presidente potrebbe esercitare in qualità di Comandante in Capo si proiettano in genere al di fuori dei confini del paese e difficilmente possono rivolgersi all'interno senza un'autorizzazione del Congresso.

Non sorprende, dunque, la diffusione delle critiche cui da tempo è sottoposto l'armamentario giuridico di cui dispone la federazione in questa materia<sup>22</sup>. D'altra parte, nella gestione di questa emergenza, l'amministrazione Trump non è sembrata incline a promuovere alcuna azione coordinata di contenimento del virus all'interno dei confini del paese<sup>23</sup>.

### 3. Trump e l'America *blue*

Da alcuni decenni è invalsa nella cronaca l'abitudine di dividere gli stati della federazione americana in due colori, a seconda del partito tradizionalmente più votato in quel territorio: rosso, se di fede *conservative* (Partito Repubblicano), blu se di fede *liberal* (Partito Democratico). La narrazione delle cd. due Americhe si è

---

<sup>18</sup> Per questa ricostruzione v. M. Jamshidi, *The Federal Government Probably Can't Order Statewide Quarantines*, in *The University of Chicago Law Review Online*, 20 aprile 2020.

<sup>19</sup> Sebbene la situazione emergenziale sembri proprio legittimare il ricorso a uno strumento di azione collettiva: cfr. la proposta di R.D. Cooter, N.S. Siegel, *Collective Action Federalism: a General Theory of Article I, Section 8*, in *Stanford Law Review*, 63/2010, 115.

<sup>20</sup> Si pensi solo all'*impeachment* del Presidente deliberato dalla Camera dei Rappresentanti (18 dicembre 2019), e al drammatico gesto della Speaker di quest'ultima in occasione del discorso tenuto dal Presidente Trump sullo stato dell'Unione (4 febbraio 2020).

<sup>21</sup> Basti qui ricordare la reazione del governatore dello stato di New York, Andrew Cuomo, alla prospettiva di una misura di quarantena imposta dall'amministrazione federale, equiparata a una "federal declaration of war".

<sup>22</sup> L.O. Gostin, S. Burris, Z. Lazzarini, *The Law and the Public's Health: A Study of Infectious Disease Law in the United States*, in *Columbia Law Review*, 99/1999, 59, M.A. Rothstein, *From SARS to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine*, in *Indiana Health Law Review*, 12/2015, 234, M.R. Ulrich, W.K. Mariner, *Quarantine and the Federal Role in Epidemics*, in *SMU Law Review*, 72/2018, 391, e soprattutto W.E. Palmer, *Quarantining the Law of Quarantine: Why Quarantine Law Does Not Reflect Contemporary Constitutional Law*, in *Wake Forest Journal of Law and Policy*, 9/2019.

<sup>23</sup> A livello aneddotico, si possono menzionare gli interventi federali a protezione dei confini esterni del paese, prima vietando l'ingresso nel paese a viaggiatori provenienti da paesi in cui il contagio era molto diffuso, poi sospendendo l'ingresso degli immigrati che costituiscono un rischio per il mercato del lavoro statunitense (v. Proclamation Suspending Entry of Immigrants Who Present Risk to the U.S. Labor Market During the Economic Recovery Following the COVID-19 Outbreak, 23 aprile 2020).

fatta negli anni sempre più diffusa<sup>24</sup>, fino a descrivere il fenomeno di una frattura che pare destinata a non sanarsi, e che con lo scoppio della pandemia ha assunto tratti spesso drammatici.

Da un lato, infatti, nell'inerzia dell'amministrazione federale, alcuni stati *blue* hanno stretto accordi reciproci per l'approvvigionamento di attrezzature e presidi sanitari, per lo svolgimento di ricerche, esami e tracciamenti, e per concordare strategie di riaperture delle loro economie. A guidare questa autogestione federale<sup>25</sup> è lo stato della California, il più ricco degli Stati Uniti (la sua economia pesa il doppio di quella del Canada ed è di poco inferiore a quella della Germania). La California – che il governatore *Democrat*, Gavin Newsom, ha enfaticamente definito “nation-state”<sup>26</sup> – è stata la prima a imporre la quarantena sul suo territorio e guida un'alleanza interstatale basata su “scienza, fatti, salute pubblica e spirito di collaborazione”, a cui finora hanno aderito una ventina di stati<sup>27</sup>: trattasi degli stati più ricchi, più popolosi, più *Democrat*, e meno rappresentati a livello centrale.

Dall'altro lato, va registrata la reazione iperbolica del Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, il quale ha dapprima dichiarato alla stampa che “il governo federale ha un potere assoluto” che si riserva di utilizzare<sup>28</sup>; e poi ha digitato messaggi per la “LIBERAZIONE” degli stati *Democrat* chiusi in quarantena, supportando così quelle proteste di piazza contro le misure sanitarie ivi disposte. Anche questo tipo di linguaggio esprime un atteggiamento di aperta ostilità tra le istituzioni del paese, possibilmente più pericoloso di quello adottato a livello locale. L'allusione a un contesto di assedio, che rievoca un'azione di resistenza e di liberazione dal nemico, potrebbe infatti essere interpretata come un invito ad abbracciare le armi, soprattutto in quegli stati, come la Virginia, in cui l'amministrazione a guida *democratica* aveva da poco adottato misure restrittive all'uso di armi da fuoco: misure che a gennaio avevano scatenato violente proteste popolari, che a loro volta avevano imposto all'amministrazione locale di dichiarare

---

<sup>24</sup> In particolare gli elettori dei *red* e dei *blue states* sembrano caratterizzarsi per l'assunzione di posizioni diametralmente opposte in materia di politiche sociali, quali assistenza sanitaria universale, libertà di scelta nella gestione della gravidanza, riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, restrizioni all'uso delle armi da fuoco, abolizione della pena di morte, liberalizzazione di sostanze stupefacenti. Invero, il movimento conservatore è al suo interno molto eterogeneo, comprendendo posizioni tra loro spesso confliggenti, quali quelle dei *libertarians*, dei sostenitori dello *small government*, dei securitari, dei conservatori sociali, dei conservatori religiosi, dei nazionalisti isolazionisti.

<sup>25</sup> La base costituzionale di questi accordi è la cd. *Interstate Compact Clause* della Costituzione (Art. 1, sez. 10, par. 3), su cui v. almeno A. La Pergola, *Sistema federale e “compact clause”*. *Premesse allo studio degli accordi conclusi dagli Stati membri della Federazione statunitense*, Milano, 1961.

<sup>26</sup> *States are on their own to fend off this pandemic. That may be a good thing*, editoriale del *Los Angeles Times*, 9 aprile 2020.

<sup>27</sup> V. il resoconto di D. Francis, *Could Covid-19 spell the end of the American Union?*, in *The National Post*, 30 aprile 2020.

<sup>28</sup> Remarks by President Trump, Vice President Pence, and Members of the Coronavirus Task Force in Press Briefing, 13 aprile 2020.

lo stato d'emergenza<sup>29</sup>. Va rilevato, incidentalmente, come i ruoli sembrano essersi invertiti quando, nel contesto delle manifestazioni accese in tutto il paese dall'uccisione di George Floyd, è stato Trump a sollecitare gli stati, rimproverati di debolezza, a richiedere l'intervento della forza armata federale per dominare le violenze della piazza.

Il *Ministro della giustizia* dell'amministrazione Trump, William Barr, ha poi sollecitato un attento scrutinio di legittimità sulla conformità delle misure di quarantena, e in particolare quelle che prevedono la chiusura di chiese e armerie, ai diritti di cui al I Emendamento della Costituzione federale<sup>30</sup>. E il leader della maggioranza repubblicana al Senato, Mitch McConnell, si è opposto all'approvazione di misure che assistano il rifinanziamento dei costi della sanità, con espresso riferimento agli stati *blue*<sup>31</sup>.

Infine, anche la Corte Suprema ha preso parte all'agone, quando ha di fatto sancito, per gli elettori del Wisconsin, l'alternativa se recarsi fisicamente alle urne per esercitare il diritto di voto, aumentando il rischio di contagio, o rimanere a casa al sicuro ma senza potersi esprimere. Per il 7 aprile 2020 nello stato del Wisconsin era, infatti, prevista una serie di consultazioni elettorali<sup>32</sup> e, a causa dell'emergenza sanitaria, un numero senza precedenti di elettori aveva optato per un sistema di votazione per corrispondenza (*absentee ballot*), innescando un ingente arretrato nella distribuzione delle schede elettorali, quindi nelle operazioni di ritiro e conteggio dei voti. La corte distrettuale aveva ritenuto inidonea a garantire il pieno esercizio del diritto di voto l'originaria previsione del termine ultimo per la spedizione delle schede da parte degli elettori; contro l'estensione della *deadline* ordinata dal tribunale statale non le autorità dello stato bensì il Republican National Committee si era prima rivolto alla Corte d'Appello per il settimo circuito e poi, respinto da questa, alla Corte Suprema federale. La quale, in una decisione firmata dal giudice Kavanaugh e presa con una maggioranza di 5-4, ha annullato l'ordine della corte statale, ritenendo che questa non dovesse ingerirsi nello

---

<sup>29</sup> Cfr. J. Wise, *Virginia governor declares state of emergency to temporarily ban weapons on Capitol grounds*, in *The Hill*, 15 gennaio 2020.

<sup>30</sup> Attorney General William P. Barr Issues Statement on Religious Practice and Social Distancing; Department of Justice Files Statement of Interest in Mississippi Church Case, 15 aprile 2020. Il 22 maggio Trump ha dichiarato di considerare "i luoghi di culto – chiese, sinagoghe e moschee – alla stregua di luoghi che forniscono servizi essenziali". Tuttavia, la Corte Suprema, con una maggioranza formata dai giudici di area *liberal* coadiuvati dal Chief Justice Roberts, il 29 maggio 2020 ha respinto il ricorso intentato da alcune organizzazioni religiose contro le ordinanze emanate dalla California che disponevano la chiusura dei luoghi di culto per contrastare il diffondersi del Covid-19 (*South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, No. 19A1044, 590 U.S. \_\_ 2020, del 29 maggio 2020).

<sup>31</sup> *On Preventing Blue State Bailouts*: v. le agenzie pubblicate sul sito internet del senatore il 22 aprile 2020.

<sup>32</sup> Tra le quali: le primarie presidenziali, tre seggi nella Wisconsin Court of Appeals, oltre cento posizioni in altre giurisdizioni statali, oltre cinquecento seggi nei consigli socialistici, e, soprattutto, l'elezione del settimo giudice della Wisconsin Supreme Court, le cui decisioni erano da tempo bloccate in un costante pareggio.

svolgimento di una consultazione elettorale, pena l'alterazione della natura della stessa elezione<sup>33</sup>.

I primi commenti hanno evidenziato come questa decisione possa rappresentare un pericoloso segnale, da parte dei cinque giudici conservatori della Corte Suprema, in vista delle elezioni presidenziali del novembre 2020, in particolare per lo scoraggiamento alla partecipazione elettorale che potrebbe derivare dall'intreccio tra la prosecuzione dell'emergenza sanitaria e la mancanza di alternative allo spostamento verso il seggio elettorale<sup>34</sup>. Poco dopo, lo stesso Trump ha avviato una dura campagna di discredito del voto per corrispondenza, a causa di non meglio precisati rischi di brogli elettorali sottesi a tale procedura<sup>35</sup>.

#### 4. Un momento-Schmitt?

1904

Le battute della tastiera del Presidente Trump e le posizioni prese dagli esponenti della sua amministrazione hanno rinnovato, nelle pagine della cronaca politica, il timore e l'interesse verso una deriva autoritaria da parte di questa amministrazione. Ma il panorama offerto da tale pubblicistica – che ha fatto dei richiami al *Leviatano* di Thomas Hobbes e allo stato d'eccezione di Carl Schmitt quasi dei *trending topics*<sup>36</sup> – appare poco lineare.

Da un lato, l'impressione che la cultura politica rappresentata da Trump potesse essere ispirata all'insegnamento schmittiano era stata suggerita già alla vigilia di questa presidenza, da chi evidenziava l'andamento palesemente extra-costituzionale della sua retorica elettorale: era stato ammonito, infatti, che il “mutamento della geografia dell'eccezione” non si svolge necessariamente lungo un sistema binario di legittimità/illegittimità, ma può realizzarsi con un processo graduale, nel corso del quale “i limiti imposti all'esecutivo sono man mano indeboliti, sminuiti e infine completamente distrutti”<sup>37</sup>. Sulla stessa linea, poco

<sup>33</sup> Republican National Committee, et al. v. Democratic National Committee, et al. (589 U. S. \_ 2020, 6 aprile 2020). Sulla forzatura interpretativa in cui è incorsa la Corte, se non proprio su un possibile fraintendimento della normativa locale che disciplina quelle elezioni, v. M. Lederman, *Where the Supreme Court went wrong in today's Wisconsin election decision (I think)*, in *Balkanization*, 7 aprile 2020.

<sup>34</sup> Per la cronaca, nella consultazione relativa al seggio della Wisconsin Supreme Court è risultata vincitrice la candidata supportata dal Partito Democratico, Jill Karofsky. Sull'incidenza dell'emergenza sanitaria sui prossimi appuntamenti elettorali v. R. Briffault, *COVID-19 and the Law: Elections*, in Pistor (eds), *Law in the Time of COVID-19*, cit., 35. Sull'opportunità di un rinvio delle elezioni presidenziali v. M.T. Morley, *Postponing Federal Elections Due to Election Emergencies*, sssrn.com, 4 giugno 2020.

<sup>35</sup> La polemica è sfociata in uno scontro frontale con uno dei maggiori *social network* usati da Trump, colpevole di aver segnalato come non veritiere (e quindi *censurato*) le accuse rivolte all'*absentee ballot*. Trump ha reagito emanando, il 28 maggio 2020, un *executive order* volto a prevenire la censura online da parte dei social media (su cui v. A. Venanzoni, M. Monti, *Il tramonto della frontiera digitale?* in *Diritticomparati*, 8 giugno 2020).

<sup>36</sup> V. già G. Rachman, *Liberalism's most brilliant enemy is back in vogue*, in *Financial Times*, 11 gennaio 2019.

<sup>37</sup> Q. Jurecic, *Donald Trump's State of Exception*, in *Lawfare*, 14 dicembre 2016. L'autrice si sofferma in particolare sulla naturale inclinazione alla menzogna da parte di Donald Trump, il quale “racconta falsità, non per oscurare la verità ma semplicemente perché non gli importa quale essa sia”, “crea la sua realtà” come un sovrano libero da qualunque vincolo. L'autrice

dopo il suo insediamento, autorevoli studiosi avevano ritenuto “inevitabile” un colpo di stato da parte di Trump<sup>38</sup>.

Ancora, in alcune dichiarazioni rilasciate nell’autunno del 2019 dal citato William Barr, in tema di estensione del potere esecutivo in casi di emergenza<sup>39</sup>, è stata intravista l’incarnazione di un fedele discepolo dello studioso tedesco<sup>40</sup>; invero in quegli interventi Barr non richiama espressamente lavori di Carl Schmitt, indugiando piuttosto su evocazioni di Locke e Montesquieu e cercando di conciliare la sua idea di *strong presidency* con la più genuina “visione dei padri fondatori”<sup>41</sup>. Barr tuttavia non fa nulla per mascherare un anti-secolarismo militante<sup>42</sup> e tantomeno una lettura ampia delle prerogative presidenziali<sup>43</sup>.

Dall’altro lato, la tensione sembra smorzata dalla stessa area *liberal*, che ironizza sulla pigrizia del Presidente Trump<sup>44</sup>. Anzi, si osserva con preoccupazione come il sistema dell’*unitary executive*, basato dai padri fondatori nella “unicità della persona” al comando<sup>45</sup>, stia andando in frantumi sotto questa amministrazione capricciosa del potere<sup>46</sup>. Guardando alla gestione di disastri come la pandemia in corso, la stessa struttura federalistica viene messa in discussione, dal momento che incoraggia la deresponsabilizzazione dell’esecutivo<sup>47</sup>.

---

comunque ammette che la menzogna “può essere un ingrediente necessario per darsi un leader schmittiano, ma non è sufficiente”. V. anche M. Gessen, *We Won’t Know the Exact Moment When Democracy Dies*, in *The New Yorker*, 16 aprile 2020.

<sup>38</sup> Così lo storico della Yale University T. Snyder, intervistato da C. Devega, in *Salon*, 1 maggio 2017.

<sup>39</sup> Ad esempio, nel suo intervento alla *Federalist Society’s 2019 National Lawyers Convention* (15 novembre 2019), Barr ha affermato che quando l’esecutivo agisce, o dichiara di agire, per garantire la *national security*, dovrebbe ritenersi titolare di un potere assoluto. Sull’influenza esercitata da organizzazioni come la Federalist Society negli Stati Uniti o di iniziative come il Judicial Power Project in Inghilterra per spostare il dibattito giuspubblicistico sul crinale di un esecutivo autoritario v. D. Dyzenhaus, *Lawyer for the strongman*, in *Aeon*, 12 giugno 2020.

<sup>40</sup> T. Schaw, *William Barr: The Carl Schmitt of Our Time*, in *The New York Review of Books*, 15 gennaio 2020.

<sup>41</sup> Nel chiudere il discorso davanti alla Federalist Society, Barr afferma: “*In this partisan age, we should take special care not to allow the passions of the moment to cause us to permanently disfigure the genius of our Constitutional structure. As we look back over the sweep of American history, it has been the American Presidency that has best fulfilled the vision of the Founders. It has brought to our Republic a dynamism and effectiveness that other democracies have lacked.*”

<sup>42</sup> In particolare nei suoi *Remarks to the Law School and the de Nicola Center for Ethics and Culture at the University of Notre Dame*, 11 ottobre 2019.

<sup>43</sup> V. il profilo tracciato da M. Schwartz, *William Barr’s State of Emergency*, in *The New York Time Magazine*, 1 giugno 2020.

<sup>44</sup> Q. Jurecic, B. Wittes, *Being an Actual Authoritarian Is Too Much Work for Trump*, in *The Atlantic*, 14 aprile 2020.

<sup>45</sup> A. Hamilton, *Federalist* n. 70 (in *Il federalista*, a cura di M. D’Addio, G. Negri, Bologna, 1980, 528-529): “Gli elementi che costituiscono la forza dell’Esecutivo sono i seguenti: primo, unità; secondo, durata; terzo, sufficiente autonomia di appannaggi; quarto, poteri adeguati. Gli elementi che costituiscono garanzia di libertà repubblicana sono: primo, una giusta dose di sottomissione ai voleri del popolo; secondo, un giusto senso di responsabilità!”.

<sup>46</sup> In questo senso v. S. Hennessey, B. Wittes, *Unmaking the Presidency. Donald Trump’s War on the World’s Most Powerful Office*, New York, 2020, e D.W. Drezner, *The Toddler-in-Chief: What Donald Trump Teaches Us about the Modern Presidency*, Chicago, 2020.

<sup>47</sup> S.M. Griffin, *American Federalism, the Coronavirus Pandemic, and the Legacy of Hurricane Katrina*, in *ConstitutionNet*, 22 aprile 2020.

Del resto, gli osservatori di area conservatrice assicurano, alcuni con malcelato rammarico<sup>48</sup>, che Trump non può affatto ritenersi un leader schmittiano, quantomeno per ciò che riguarda le derive nella restrizione delle libertà civili che potevano sottendersi alle misure di contenimento del virus, che appunto non ha voluto<sup>49</sup> o potuto<sup>50</sup> prendere. Né tantomeno – prosegue la critica conservatrice – può ritenersi seguace di una qualche filosofia hobbesiana<sup>51</sup>: anzi, in punto di libertà economiche, bene sta facendo l'amministrazione federale a tenere alta la bandiera del liberismo e dell'assenza di ingerenze dell'autorità nel mercato<sup>52</sup>.

Eppure lo spettro di Hobbes è stato evocato su altri atteggiamenti di questa presidenza, come quello mostrato in occasione dell'indagine sull'ostruzione alla giustizia nell'ambito del cd. *Russiagate*<sup>53</sup>.

Infine, la deferenza verso il potere esecutivo dimostrata dall'attuale maggioranza della Corte Suprema<sup>54</sup> sollecita l'apprensione per possibili risvolti autoritari<sup>55</sup>, sottendibili in particolare alla risoluzione dei casi sull'accesso alla documentazione finanziaria riguardante Donald Trump<sup>56</sup>.

Ma lo spaesamento in cui incorre la pubblicistica statunitense nell'impiego, in modo apparentemente inconsapevole, di alcune categorie espressive della storia europea della libertà, raggiunge forse il suo apice nella polemica innescata dall'articolo con cui Adrian Vermeule propone di uscire dalla crisi ricorrendo a un "substantive moral constitutionalism"<sup>57</sup>.

<sup>48</sup> A. Sibarium, *Donald Trump Was Never a Carl Schmitt Acolyte*, in *The National Review*, 18 marzo 2020. Similmente, sempre da area conservatrice, v. D. Frum, *The Worst Outcome*, in *The Atlantic*, 11 marzo 2020.

<sup>49</sup>C. Oprysko, *I don't take responsibility at all: Trump deflects blame for coronavirus testing fumble*, in *Il Politico*, 13 marzo 2020.

<sup>50</sup> Cfr. quanto visto *supra* in materia di competenze dell'esecutivo federale.

<sup>51</sup> J. Pinkerton, *With Coronavirus Comes the Hobbesian Leviathan*, in *The American Conservative*, 25 marzo 2020.

<sup>52</sup> K.D. Williamson, *The Coronavirus Will Be Leviathan's Enabler*, in *The National Review*, 16 aprile 2020, mette in guardia contro la crescita dell'amministrazione fiscale (sussidi vincolati a misure protezionistiche, aumento della tassazione sui profitti più alti, incremento degli stipendi, etc.): la vera emergenza, secondo questa stampa, è rappresentata dal governo, non dal virus.

<sup>53</sup> E.C. Terzuolo, *Barr memo suggests: To understand the Trump administration, read Hobbes*, in *The Hill*, 14 gennaio 2019. Per un'analisi della vicenda, in particolare sui poteri dei procuratori speciali, v. L. Melica, *"Parlare a nuora perché suocera intenda": il caso Trump ed il rapporto Mueller*, in *DPCE online*, 3/2019, 1883.

<sup>54</sup> R. Brownstein, *Will John Roberts Constrain Trump?*, in *The Atlantic*, 2 dicembre 2019. La deferenza della Corte sembra accentuata soprattutto dopo gli innesti fatti dall'amministrazione Trump (in particolare con la nomina del giudice Kavanaugh).

<sup>55</sup> A. Sarat, *Donald Trump brings his claim of absolute power to the supreme court*, in *The Guardian*, 12 maggio 2020.

<sup>56</sup> I casi – discussi in teleconferenza nel maggio 2020 – riguardano la richiesta di tale documentazione da parte di alcune commissioni della Camera dei Rappresentanti (*Trump v. Deutsche Bank AG* e *Trump v. Mazars USA*), e da parte del procuratore distrettuale di Manhattan (*Trump v. Vance*).

<sup>57</sup> A. Vermeule, *Beyond Originalism*, in *The Atlantic*, 31 marzo 2020. La polemica è stata segnalata anche da un'avvertita stampa italiana: v. M. Ferraresi, *La legge e il bene comune. Storia di un dissenso* (*Il Foglio*, 7 aprile 2020).

Sebbene non lo dichiari espressamente in questo scritto, anche lo studioso di Harvard muove da una certa interpretazione degli studi schmittiani, inaugurata già dieci anni prima con l'esplicito ripudio dell'insegnamento di James Madison<sup>58</sup>, e poi sviluppata in un'appassionata catechesi contro il pensiero liberale<sup>59</sup>. In uno di questi lavori preparatori, Vermeule, presupponendo una "risalente ansia del liberalismo per la sua inquieta relazione con la democrazia"<sup>60</sup>, aveva ridotto il primo a "progetti individuali di auto-realizzazione", per i quali la seconda è tanto necessaria (per la legittimazione che fornisce), quanto temuta (per l'esposizione di posizioni illiberali che ammette); questo liberalismo avrebbe reso la democrazia una "periodica cerimonia di votazioni a scrutinio segreto per questo o quel partito sostanzialmente liberale, nel riparo di un cordone sanitario"<sup>61</sup>. Ebbene, se nel chiudere quel saggio a Vermeule pareva che l'incubo del liberalismo fosse quello di essere "lasciato solo", "espulso dalla dimora nella quale si è nutrito e si è rifugiato"<sup>62</sup>, il tempo della pandemia sembra ora offrirgli l'occasione propizia per trasformare quel sogno in realtà, cominciando con la demolizione del fabbricato.

### 5. *Beyond Originalism*

Analizzando più nel dettaglio il nuovo contributo di Vermeule, distacca in primo luogo il passaggio dai toni e dai metodi che, fuori da contingenze emergenziali, avevano portato l'autore a proporre un'idea di *optimizing constitutionalism*, manovrando con rigore le discipline del "decision theory, game theory, welfare economics, political science, and psychology"<sup>63</sup>, ai toni e ai metodi di una radicale teologia politica.

Lo studioso di Harvard ritiene che "in questo momento di pandemia globale" sia quanto mai opportuno adottare un "approccio basato sui principi secondo cui il governo indirizza persone, associazioni, la società tutta, verso il bene comune

---

<sup>58</sup> E con la simultanea adesione all'insegnamento di Carl Schmitt: E.C. Posner, A. Vermeule, *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford, 2010, 32.

<sup>59</sup> V. ad esempio A. Vermeule, *Liturgy of Liberalism*, in *First Things*, gennaio 2017, Id., *Sacramental Liberalism and Ragion di Stato* (The Annual Herbert W. Vaughan Lecture on America's Founding Principles, 8 maggio 2019), e soprattutto Id., *All Human Conflict Is Ultimately Theological*, in *Church Life Journal*, 26 giugno 2019.

<sup>60</sup> Vermeule, *Liberalism's Fear*, in *The Josias*, 29 maggio 2018.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2013, 2. Come è stato rilevato dalla Redazione di *Diritticomparati* (1 aprile 2020), in questo lavoro si argomentava la distinzione fra *precautionary constitutionalism* e *optimizing constitutionalism*: "Il *precautionary constitutionalism* parte da un presupposto di sfiducia nei confronti del potere (qualcosa di analogo a quello che Zolo aveva chiamato 'pessimismo potestativo'), implicando che '*constitutional rulemakers and citizens design and manage political institutions with a view to warding off the worst case*' [p. 11 del libro di Vermeule]. Il secondo approccio, il cd. '*optimizing constitutionalism*', invece, '*trades off all relevant political risks, giving them their due weight in the circumstances, without any systematic skew or bias against any particular type of political risk*' [p. 10 del libro di Vermeule]". Il dibattito sull'*optimizing constitutionalism* prosegue sul blog di *Diritticomparati* con gli interventi di A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte* (1 maggio 2020), e di G. Martinico, *Due dottrine dei diritti?* (4 maggio 2020).

[*the common good*], e un'amministrazione forte [*strong rule*] volta ad assicurare il bene comune è pienamente legittima": "in un mondo globalizzato che si rapporta all'ambiente naturale e biologico in modo profondamente disordinato" serve, infatti, uno stato che abbia "ampia autorità per proteggere i più vulnerabili dalle devastazioni della pandemia, dai disastri naturali, dal cambiamento climatico, e dalle strutture del potere economico che contribuiscono a questi eventi". Ma un tale approccio al diritto costituzionale, che è consapevolmente "vigoroso e sostanzialmente conservatore", per potersi affermare deve andare oltre quella che è la *judicial doctrine* più espressiva del conservatorismo giuridico americano, il già citato originalismo<sup>64</sup>. E sembra invero questo – l'avanzamento di una dottrina costituzionale che possa legittimare un più puro conservatorismo politico – il vero obiettivo di Vermeule, che, fuori dall'immersione preliminare nel contesto emergenziale, poco si occupa dei problemi legati a questa crisi.

Assunto che il movimento conservatore ha ormai messo radici nelle giurisdizioni federali<sup>65</sup>, l'autore ritiene ora necessario superare la "visione conflittuale ed eccentrica" incarnata dall'originalismo, il quale ha sicuramente "aiutato i giuristi conservatori a sopravvivere e finanche a germogliare in un ambiente ostile", ma ha fatto ciò "senza mettere in discussione il liberalismo giuridico che ha dominato sia le corti che la dottrina".

Dal ripudio del liberalismo prende così le mosse la proposta di un "costituzionalismo del bene comune". Vermeule dichiara di sposare la metodologia di Dworkin delle *moral readings of the Constitution*<sup>66</sup>, ma non le tendenze *left-liberal* in cui è stata declinata<sup>67</sup>. Ecco, dunque, un diverso insieme di "priorità e impegni morali", che traggono ispirazione dalla tradizione teorica della "ragion di stato", della quale si assume la "trinità" ("pace, giustizia, abbondanza"), vi si aggiungono "salute e sicurezza", e si estraggono i principi per cui "il giusto esercizio del potere" è tale quando è volto alla promozione di una "visione sostanziale del bene"<sup>68</sup>.

I principi morali alla base di questa proposta per l'esattezza sono: "rispetto dell'autorità della regola e di chi la emana"; "rispetto delle gerarchie necessarie al funzionamento della società"<sup>69</sup>; "solidarietà tra famiglie, gruppi sociali, sindacati, associazioni e professionisti"; "sussidiarietà, o rispetto dei legittimi ruoli di enti pubblici e associazioni a tutti i livelli dell'amministrazione e della società"; e infine,

<sup>64</sup> Vermeule, *Beyond Originalism*, cit.

<sup>65</sup> E ciò, secondo l'autore, sarebbe vero anche nell'ipotesi in cui Donald Trump non venisse rieletto nel 2020 ("*the reconstruction of the judiciary has proceeded far enough that legal conservatism will remain a potent force*").

<sup>66</sup> Tuttavia, trattando di diritto amministrativo, alla tesi di Dworkin l'autore aveva contrapposto e preferito quella che Fuller aveva consegnato al suo *The Morality of Law*, New Haven, 1969: v. C.R. Sunstein, A. Vermeule, *The Morality of Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 131/2018, 1924. Cfr. anche A. Vermeule, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 122/2009, 1095.

<sup>67</sup> Le decisioni costituzionali liberali che "pretendono di espungere la 'moralità' dalla base dell'azione pubblica", infatti, secondo Vermeule "sono incoerenti, finanche fraudolente".

<sup>68</sup> Vermeule, *Beyond Originalism*, cit.

<sup>69</sup> Con la precisazione che questa teoria non teme l'idea del dominio politico da parte di una maggioranza, perché "vede il diritto in funzione genitoriale, come un saggio maestro, un inculcatore di buone abitudini".

un'intraducibile "candid willingness to 'legislate morality'", che a sua volta si basa sul postulato che "tutta la legislazione muove da una qualche concezione sostanziale della moralità e che la promozione della moralità è la funzione primordiale dell'autorità".

Posto poi che la libertà in quanto tale non va tenuta in "devozione quasi religiosa", e che tale devozione va semmai riservata a "particolari libertà", bisogna capire quali sono le libertà in parola. Qualche indizio può trarsi in controdeduzione: secondo l'autore "la giurisprudenza su libertà di espressione, aborto, libertà sessuali, e affari connessi si dimostrerà vulnerabile in un regime di costituzionalismo del bene comune"; il principio sancito in sentenze come *Casey* (in materia di interruzione volontaria della gravidanza), dove si sancì che "al cuore della libertà è il diritto di definire la propria concezione di esistenza, di significato, di universo e del mistero della vita umana"<sup>70</sup>, non debba essere semplicemente rifiutato, ma più precisamente "tacciato di abominio ed espulso per sempre dal regno dell'accettabile"<sup>71</sup>; e anche le concezioni liberali del diritto di proprietà e dei diritti economici saranno recessive, nella misura in cui impediscono allo stato di "eseguire i doveri di comunitarietà e solidarietà nell'uso e nella distribuzione delle risorse".

## 6. Osservazioni conclusive

Nel chiudere questa rassegna, l'osservatore europeo non può che rimanere perplesso. I rapporti tra stati e federazione sembrano versare in una miscela di posizioni estremamente polarizzate<sup>72</sup>, mentre le partecipate analisi sull'amministrazione Trump restituiscono il tentativo di cercare, tra non-potenza e pre-potenza del leader, il fondamento di una vera autorità che illumini lo scenario post-pandemico.

---

<sup>70</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992, 851. Sul lavoro preparatorio allo smantellamento della giurisprudenza federale a tutela dell'interruzione volontaria di gravidanza, v. i contributi di L. Pelucchini ("*Rights fell on Alabama*": il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia, in *Diritticomparati*, 22 novembre 2018; "*Se Roe cade nello Stato del Pellicano*": il futuro incerto del diritto all'aborto negli Stati Uniti, in *Diritticomparati*, 29 aprile 2019; e adesso "*L'aborto ai tempi del Covid-19*": un diritto in bilico tra essenzialità e non-essenzialità nel panorama statunitense, in *Diritticomparati*, 14 maggio 2020) e di C. De Santis ("*The People v. Roe*": negli Stati Uniti l'ondata antiabortista non si arresta e punta dritta verso Washington D.C., in *Diritticomparati*, 6 giugno 2019).

<sup>71</sup> Vermeule, *Beyond Originalism*, cit., che prosegue: "Un'autorità giusta può essere esercitata anche contro le percezioni soggettive su cosa sia meglio per ciascuno – percezioni che possono comunque mutare nel tempo, a seconda di come la legge le spiega, le adatta, e le riforma. Gli individui arriveranno a ringraziare quel legislatore le cui leggi stringenti, inizialmente vissute anche come coercitive, incoraggino l'elaborazione di desideri più autentici per il bene individuale e collettivo".

<sup>72</sup> Secondo L. Tribe (*The Constitution and the Coronavirus*, in *The Bulwark*, 13 aprile 2020), "possiamo essere ragionevolmente sicuri che, una volta passata questa terribile pandemia, i benefici strutturali del federalismo rimarranno disponibili". Di diverso avviso Griffin, *American Federalism, the Coronavirus Pandemic*, cit.

Riprendendo poi lo scritto di Vermeule, rimane il dubbio sulla volontà dell'autore di partecipare all'annoso dibattito che dilania gli studi di diritto costituzionale statunitensi nelle polemiche sulle estetiche dell'interpretazione giuridica, sul significato del testo della Costituzione, quindi sul ruolo della Corte Suprema.

Si può infatti comprendere la stanchezza, e forse anche il sollievo, con cui un giurista dichiaratamente conservatore trova la forza di dire che l'originalismo è poco più di “un utile espediente retorico e politico”<sup>73</sup>. La sufficienza di questa posizione si apprezza anche alla luce delle esasperazioni raggiunte dalle frange più estreme del movimento conservatore, arrivate a proporre, per ogni giudice, un giuramento di fedeltà a un'interpretazione originalista della costituzione<sup>74</sup>. Più esplicitamente, si potrebbe aggiungere che l'originalismo americano non ha mai voluto essere una *judicial doctrine*, se non nella misura in cui è stata una proposta di negazione (negazione della storia<sup>75</sup>, della costituzione, dei diritti di libertà<sup>76</sup>, della funzione giurisdizionale<sup>77</sup>), un'estetica argomentativa che è stata utile per dare statura intellettuale a un'esigenza politica storicamente situata, facilmente divulgata nel motto *judges should interpret the law, not make the law*, ma non risolutiva dei problemi del giurista (e del giudice in particolare). E forse anche dal lato *liberal* si può cogliere l'occasione di questa provocazione per abbandonare la retorica sulla *juristocracy*<sup>78</sup>.

D'altro canto, per Vermeule il problema dell'interpretazione costituzionale comprensibilmente non si pone neanche, essendo negato in radice l'oggetto da interpretare. Il bene comune, secondo l'autore, andrebbe dedotto da “i principi morali sostanziali” che i pubblici ufficiali, “inclusi i giudici”, “dovrebbero leggere nelle maestose generalità e ambiguità della Costituzione scritta”<sup>79</sup>. Il *common-good*

<sup>73</sup> Vermeule, *Beyond Originalism*, cit. L'autore è tornato sull'inconciliabilità tra il suo *common-good-constitutionalism* e l'*originalism* in Id., *On “Common-Good Originalism”*, in *The Mirror of Justice*, 9 maggio 2020.

<sup>74</sup> Su cui v. C.R. Sunstein, *The Debate Over Constitutional Originalism Just Got Ugly*, in *Bloomberg*, 15 maggio 2020. Sul fermento che la cultura giuridica conservatrice americana sta attraversando, anche con riferimento anche alla conversione del giudice Gorsuch alla causa *liberal* nel firmare la sentenza sul caso *Bostock*, v. la ricostruzione di J.M. Balkin, *The Great Debate in the Conservative Legal Movement*, in *Balkinization*, 18 giugno 2020.

<sup>75</sup> Un approfondimento di questo aspetto è stato svolto in N.G. Cezzi, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli, 2019.

<sup>76</sup> Esplicito in questo Antonin Scalia, che accusava l'interpretazione evolutiva di aver cagionato, nel tempo, la perdita di alcune storiche libertà: oggi – scriveva in A. Gutmann (a cura di), *A matter of Interpretation: Federal Courts And The Law*, Princeton, 1997, 41 – non si può più “ammettere in giudizio una prova di colpevolezza ottenuta con una perquisizione illecita”, non si può più “invocare Dio durante le cerimonie di fine anno nelle scuole pubbliche”, non si possono più “bloccare le erogazioni previdenziali non appena vi è prova di frode”, né “prevedere l'esistenza titoli proprietari come condizione per votare”.

<sup>77</sup> Non a caso, secondo il primo teorico di questa scuola, *interpretare* non significa *dare* significato, perché il verbo *to give* “denota l'attribuzione di un qualcosa a qualcuno/qualcosa che prima ne era privo, mentre *interpretare* significa accertare, e non aggiungere” (R. Berger, *New Theories of “Interpretation”: The Activist Flight from the Constitution*, in *Ohio State Law Journal*, 47/1986, 10).

<sup>78</sup> In questo senso v. ad esempio S. Myon, *The Court Is Not Your Friend*, in *Dissent*, winter 2020.

<sup>79</sup> Vermeule, *Beyond Originalism*, cit.

*constitutionalism*, è ormai chiaro, “non è positivismo giuridico”<sup>80</sup>, e “attinge a tradizioni immemoriali che includono fonti come lo *ius gentium* e principi di moralità naturale oggettiva”; e poi, “un documento vecchio e a tratti oscuro” come la Costituzione americana “offre ampio spazio per letture morali sostanziali”<sup>81</sup>, come dimostrato peraltro dalle manipolazioni fatte dai giuristi *liberal*. E comunque – chiude Vermeule – sarebbe un “errore” fissare il bene comune su “testi specifici”: è sufficiente a questo fine “la generale struttura dell’ordine costituzionale”, anche perché la “vera” Costituzione americana è “ampiamente non scritta e non codificata, come tutte le costituzioni in giro per il mondo”.

Stando così le cose è allora poco edificante soffermarsi su altre apparenti disinvolture proposte da questa letteratura. A cominciare da un problematico uso della storia e della comparazione: si pensi alla decontestualizzazione del pensiero di Carl Schmitt<sup>82</sup>, alle lampanti contraddizioni di una sua applicazione acritica al momento politico americano<sup>83</sup>, nonché alla *sindrome di Weimar* autodiagnosticata dall’area *liberal*<sup>84</sup>. Difficile poi comprendere alcuni passaggi del contributo di

---

<sup>80</sup> Intendendo con ciò che “non è legato a particolari meccanismi di *civil law* o al volere del legislatore” (*Ibidem*).

<sup>81</sup> Si pensi, suggerisce l’autore, al preambolo della Costituzione americana, o parole come *freedom* e *liberty*, che possono leggersi in funzione della “naturale capacità dell’uomo di agire secondo una *reasoned morality*”: a questo punto del testo Vermeule apre un *link* all’enciclica *Libertas* di Leone XIII (1888). Assumono così una colorazione molto particolare la flessibilità e il bilanciamento caso per caso su cui Vermeule poggerrebbe la tesi dell’*optimizing constitutionalism*, proposta fuori dall’estasi della pandemia. In *The Constitution of Risk* cit., 4, l’autore sostiene che il diritto costituzionale debba occuparsi dei problemi che “derivano dalla struttura delle istituzioni”, provvedendo ad allocare un potere complesso nelle varie istituzioni di governo: “ognuna di queste strutture crea la possibilità di conseguenze politiche buone o cattive, così come buone o cattive su ambiente ed economia saranno le conseguenze di una politica sulla gestione del potere nucleare. Il legislatore costituzionale dovrà affrontare e in qualche modo comparare e bilanciare il bene e il male che potrà derivare dalle varie strutture istituzionali e dalle possibili allocazioni del potere”. Sembra emergere così una legislazione costituzionale vuota di fini e l’assoluta libertà del legislatore di scegliere volta per volta i valori di riferimento, di cui l’autore fornisce un catalogo esemplificativo.

<sup>82</sup> Per il quale, invece, lo schema dei diritti di difesa restava “la cartina di tornasole delle contraddizioni dell’esperienza liberale”, nonché “di una concezione debole, interlocutoria, compromissoria dei rapporti di forza” sottostanti a esperienze come quelle della costituzione di Weimar; non casualmente, infatti, la polemica schmittiana lasciava sostanzialmente inevasa “la questione dell’adesione del modello del diritto di difesa, e della distinzione fra stato e società che esso sottendeva, ad un assetto democraticamente legittimato” – così P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 82. La decontestualizzazione degli studi di Schmitt è dichiaratamente ricercata in E.C. Posner, A. Vermeule, *Demystifying Schmitt*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 333/2011: gli autori propongono una lettura il cui “fine è utilitaristico. Ovvero rendere le idee di Schmitt utilizzabili per ricerche in altre discipline”. Sull’uso dei lavori di Carl Schmitt nel contesto della pandemia, v. R. Mehring, *Carl Schmitt und die Pandemie*, in *Verfassungsblog*, 11 e 12 maggio 2020.

<sup>83</sup> Basti pensare alla politica economica e allo smantellamento dell’amministrazione federale perseguito da Trump, come rilevato da W.E. Scheuerman, *Schmittian Instincts at Odds with Neoliberalism*, in *Verfassungsblog*, 20 aprile 2020 (v. anche Id., *Donald Trump meets Carl Schmitt*, in *Philosophy and Social Criticism*, 45/2019, 1170).

<sup>84</sup> Verso la quale è condivisibilmente critico S. Moyn, *The Trouble with Comparisons*, in *The New York Review of Books*, 19 maggio 2020, seppur confinando la comparazione a un gioco di analogie. V. anche Dyzenhaus, *Lawyer for the strongman*, cit.

Vermeule, come l'operatività dell'innesto, tra le ampie pieghe di un testo costituzionale, di termini presi a prestito da culture costituzionali molto lontane da quelle sponde dell'Atlantico (su tutte, sussidiarietà<sup>85</sup>, solidarietà<sup>86</sup> e ragion di stato<sup>87</sup>). Non pare involontaria, d'altronde, la mancata considerazione, in un paese dalle dimensioni continentali, di qualunque dinamica federativa nell'articolazione dei poteri<sup>88</sup>, nonostante essa integri un argomento caro al conservatorismo storico americano. Così come preoccupa l'assenza di ogni possibile dimensione di responsabilità individuale nella comprensione della politica, quando invece, proprio alzando lo sguardo dal suolo americano, occhi europei avevano osservato che "la vita non è né un piacere né un dolore, ma una faccenda seria di cui siamo responsabili"<sup>89</sup> e che "solo il cuore umano può assumere il fardello che il dono divino dell'azione – cioè di essere un inizio e per ciò stesso dotato di capacità di essere inizio – fa pesare su di noi"<sup>90</sup>.

Nicola Giovanni Cezzi  
Dip.to di Studi giuridici ed economici  
Sapienza Università di Roma  
nicola.cezzi@uniroma1.it

<sup>85</sup> Su cui v. almeno gli studi di G.A. Bermann: *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in *Columbia Law Review*, 94/1994, e *Subsidiarity: does it have a future?*, Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997. A meno che con questa categoria Vermeule non intenda richiamare l'idea della *Well-Regulated Society*, espressione di un certo Ottocento americano (su cui v. W. Novak, *The People's welfare. Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill, 1996, 42), per mandare un messaggio alla Corte Suprema simile all'ingiunzione di abiurare *Casey*: gli stati che stanno adottando restrizioni all'interruzione volontaria di gravidanza vanno sostanzialmente lasciati in pace.

<sup>86</sup> Più in linea, semmai, con una declinazione populistica che il concetto sta conoscendo ultimamente in Europa: cfr. A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi democratica: sfida populista alla solidarietà e l'identità europea*, in *Federalismi*, 13/2020, 15.

<sup>87</sup> Locuzione che Vermeule scrive in italiano, con annesso *link* a un'edizione inglese dell'opera di Giovanni Botero in vendita su Amazon. Potrebbe piuttosto essere utile ricordare che "disancorando la sicurezza dal nesso funzionale con la libertà, o capovolgendo la direzione di senso, si rischia non già di rimarcare la dimensione sociale della libertà, che corrisponde al fondo *comunitarian* delle costituzioni del pluralismo, ma di piegare integralmente la sicurezza alla ragion di stato, ripercorrendo l'itinerario che dalle originarie teorizzazioni del contrattualismo classico ha condotto alla torsione autoritaria dello stato liberale tardoottocentesco ed alle elaborazioni della polizia di sicurezza cui esso aveva fatto da sfondo" – così Ridola, *Il principio libertà* cit., 163.

<sup>88</sup> Obliterazione che, se è caratteristica della cultura aggregatrice espressa dal New England, finisce quantomeno per negare dignità all'ideologia del Sud, che storicamente si radica in una cultura di distanze, introversione e decentramento: cfr. R. Luraghi, *La Spada e le magnolie. Il Sud nella storia degli Stati Uniti*, Roma, 2007.

<sup>89</sup> A. De Tocqueville, *Democrazia, libertà e religione. Pensieri liberali*, Roma, 2000, 111

<sup>90</sup> H. Arendt, *Comprensione e politica* (1953), in Id., *La disobbedienza civile e altri saggi*, Milano, 1985 (trad. ital. di T. Serra), 109-110.