

DIRITTO E SOCIETÀ

4/2023

Pier Francesco Bresciani

DECOSTRUIRE DOBBS:
LE “QUESTIONI APERTE”
TRA POLITICHE GIUDIZIARIE ED EPISTEMICHE

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI 2023

ISSN 0391-7428

ATTUALITÀ

Decostruire Dobbs: le “questioni aperte” tra politiche giudiziarie ed epistemiche

Pier Francesco Bresciani

SOMMARIO: 1. Decostruire *Dobbs* e come ne abbiamo discusso in Italia. – 2. “Costituzionalismo conservatore” e “costituzionalismo progressista” come categorie di analisi giuridica della giurisprudenza costituzionale. – 3. La *majority opinion*: oltre il costituzionalismo conservatore, manifesto di un “costituzionalismo reazionario”. – 4. La *concurring opinion* (*only in judgment*) di Roberts: apologia del minimalismo giudiziario quale strumento del costituzionalismo conservatore. – 5. La *minority opinion*: l’alternativa del costituzionalismo progressista. – 6. Dal problema della legittimazione dei giudici costituzionali a quello della scienza costituzionale: due posizioni estreme (oggettivismo e relativismo). – 7. *Segue*: Una posizione intermedia: per una razionalità discorsiva “inclusiva”. – 8. Sintesi delle conclusioni.

1. *Decostruire Dobbs e come ne abbiamo discusso in Italia*. – Con *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*¹ la Corte Suprema degli Stati Uniti ha “abrogato” il diritto costituzionale di abortire che, sin dal 1973, era stato garantito a livello federale in forza di *Roe v. Wade*². Chiamata a giudicare sulla costituzionalità di un divieto di aborto elettivo dopo la quindicesima settimana previsto da una legge del Mississippi, la Corte ne ha affermato la legittimità, negando – diversamente da quanto ritenuto in *Roe* e in tutta la giurisprudenza successiva – che la *Due Process Clause* del XIV emendamento riconosca un diritto di abortire e, di conseguenza, rimettendo il potere di disciplinare la materia alla discrezionalità dei legislatori statali con il solo limite della manifesta irragionevolezza (*rational basis review*).

La sentenza non ha, in realtà, bisogno di particolari presentazioni, dati i moltissimi studi già apparsi al riguardo anche nel dibattito dottrinale italiano³.

¹ 597 U.S. ____ (2022).

² 410 U.S. 113 (1973).

³ V. L. BUSATTA, M.P. IADICICCO, B. LIBERALI, S. PENASA, M. TOMASI (a cura di), *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo. Special Issue*, in *BioLaw Journal*, 2023, 1-178; V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2022, 1423-1439; C. BOLOGNA, *Aborto e originalismo nei diritti*, in *Il Mulino online*, 2 maggio 2022; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della*

Anzi, l'esistenza di una così significativa produzione scientifica sul tema richiede semmai di chiarire fin da subito quale possa essere il senso di scrivere ancora su *Dobbs*.

Per farlo bisogna partire da alcuni punti su cui mi sembra essersi formato un certo consenso nella letteratura italiana: 1) l'opinione di maggioranza in *Dobbs* – approvata con voto 6 a 3 – è fortemente influenzata dalle inclinazioni ideologiche o, comunque, politiche dei giudici⁴; 2) la decisione è criticabile nella misura in cui comporta un arretramento nella tutela della libertà riproduttiva delle donne⁵; 3) un approccio compromissorio (come quello dell'opinione concorrente di

sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 393-427; P. DE PASQUALE, *Il diritto di aborto... o l'aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, V-XV; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-24; E. FALETTI, *Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana Dobbs v. Jackson in tema di aborto*, in *Genius*, 23 gennaio 2023, 1-21; M.G. GIAMMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all'autodeterminazione*, in *giudicedonna.it*, 1, 2022, 1-11; S. LUCONI, *L'offensiva originalista contro l'aborto e le sue implicazioni. La Corte Suprema dopo Trump*, in *Passato e presente: rivista di storia contemporanea*, 1, 2023, 6-17; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, 659-673; G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 24 giugno 2022; 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, 1-70; L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 32-50; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 197-223; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 23-36.

⁴ *Contra* solo A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 427 e G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 24 giugno 2022, che parla, all'opposto, di «de-ideologizzazione del concetto di *privacy*»; riconosce invece «l'indiscutibile segno "ideologico" di quella pronuncia», pur nel contesto di un discorso che mi sembra complessivamente in linea con l'idea del ruolo della giurisdizione costituzionale sottesa all'opinione di maggioranza in *Dobbs*, anche M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023, 108, nota n. 64.

⁵ In questa prospettiva, l'unico possibile aspetto positivo riconosciuto a *Dobbs* dalla dottrina italiana mi sembra riguardare la possibilità che la de-costituzionalizzazione del diritto di aborto potesse avviare processi democratici per il suo riconoscimento da parte degli organi legislativi (cfr. ad es. F. CLEMENTI, *Ex malo, bonum? Dilemmas (and Opportunities) as a result of Dobbs*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 53 ss.). Questo non è successo (per i dati sulla legislazione, aggiornati a novembre 2023, v. <https://www.theguardian.com/us-news/ng-interactive/2023/nov/10/state-abortion-laws-us>). Sulle reazioni delle corti supreme statali e sull'accrescimento della loro importanza sul tema dei diritti riproduttivi in seguito a *Dobbs*, anche in relazione alle dinamiche stati-federazione, v. invece M.K. MAYER, J.C. MORRIS, J.A. AISTRUP, R.B. ANDERSON e R.C. KENTER, *Dobbs, American Federalism, and State Abortion Policymaking: Restrictive Policies Alongside Expansion of Reproductive Rights*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 3, 2023, 378 ss. e in part. 382 ss.). Sempre sul fronte giudiziario, il Governo federale ha inoltre avviato alcune azioni legali finalizzate ad accertare che i divieti più restrittivi di aborto violano l'*Emergency Medical Treatment and Labor Act* nella parte in

Roberts e della Corte costituzionale italiana⁶) è preferibile tanto a *Roe* quanto a *Dobbs*, sia perché teoricamente più in linea con il ruolo della giustizia costituzionale⁷ sia perché, nella pratica, più idoneo a pacificare il conflitto tra posizioni opposte e, in definitiva, inconciliabili⁸.

I risultati del dibattito su *Dobbs* della dottrina costituzionalistica italiana sembrano dunque presupporre o, comunque, finiscono per trasmettere l'idea secondo cui esisterebbero modi più o meno politici di trattare le “questioni aperte”⁹, come è, tipicamente, quella del diritto costituzionale di abortire¹⁰. Ma

cui impone agli ospedali finanziati *Medicare* di fornire *stabilizing care* in tutti i casi di emergenza medica. In questo contesto, da ult., la legge dell'Idaho §18-622, che vieta l'aborto salvo che nei casi di pericolo di vita della gestante (ma non in caso di rischio suicidario), violenza sessuale o incesto (ma solo se denunciati), è stata giudicata *preempted* dalla legge federale da una Corte distrettuale, ma la Corte Suprema ha sospeso l'ingiunzione preliminare e accettato di revisionare il caso (cfr. l'ordine di *stay* non motivato, tipico esempio del c.d. *shadow docket*, nel caso *Mike Moyle, Speaker of the Idaho House of Representatives, et al. v. United States*, in https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/010524zr_9o6b.pdf).

⁶ In questo scritto non mi concentrerò sulla situazione italiana, ma è necessario almeno sottolineare che i due approcci non sono assolutamente diversi: mentre, come dirò meglio, l'opinione concorrente di Roberts flessibilizza la regola stabilita da *Roe* ammettendo il bilanciamento del diritto di abortire con altri interessi pubblici anche prima del momento della vitalità del feto fuori dal grembo, la Corte costituzionale ha invece imposto, almeno a partire dalla sent. n. 35 del 1997, una tutela minima del diritto alla vita del concepito finendo per affermare che tale diritto può «essere sacrificato solo nel confronto con quello [...] della madre alla salute e alla vita» e, dunque, per escludere la compatibilità con la Costituzione di un diritto all'aborto elettivo (ammesso invece da Roberts e, anzi, dalla stessa opinione di maggioranza di *Dobbs*).

⁷ Cfr., ad es., M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs e il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 85-86, che sostiene che la giustizia costituzionale non debba assumere atteggiamenti “eroici” né “rinunciatori” per non perdere «il valore aggiunto della giustizia costituzionale, ovvero la sua capacità di ergersi al di sopra delle controversie politiche ordinarie per definirne il legittimo perimetro».

⁸ Cfr., ad es., in prospettiva comparata, A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 64; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 101 ss. valorizza, a questo riguardo, l'importanza della “lezione italiana”, in cui una pronuncia più moderata della Corte costituzionale, che non ha «riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'aborto», è riuscita a dare avvio al processo politico (parlamentare e referendario) che ha condotto alla legge n. 194 del 1978, «destinata a resistere nel tempo» proprio «perché figlia di un ampio processo deliberativo orientato a raggiungere un'intesa tra soggetti diversi che trovano nella Costituzione una comune legittimazione».

⁹ Sulla definizione di “questione aperta” come questione per cui «i principi di diritto costituzionale, sostanziale e processuale, offrono risposte quantomeno opinabili, dunque una guida debole; mentre i conflitti di interessi o prospettive, sottesi a ciascun problema e a ciascuna ipotesi di soluzione sono o possono essere forti e complicati da mediare» v., da ult., M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 2023, 19. Preferisco impiegare qui questo concetto per la sua portata, per così dire, ancora intrinsecamente scettica rispetto a quello, pur semanticamente vicino, di “*hard case*”, che in seguito ai lavori di Ronald Dworkin ha almeno in parte perduto l'originaria connessione con un approccio non cognitivista alla decisione giudiziale (per una ricostruzione completa del lungo dibattito al riguardo, di recente, v. S.J. SHAPIRO, *Legality*, Belknap 2013, 216 ss.).

¹⁰ Cfr., in generale e in prospettiva comparata, R.B. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abor-*

l'opinione dissenziente della minoranza (o la stessa *Roe*) e quella concorrente di Roberts possono davvero considerarsi meno politiche dell'opinione di maggioranza? E se invece si ammettesse che tutte le possibilità di soluzione (comunque non controtestuali) fossero, in realtà, ugualmente politiche, dovrebbe dirsi necessariamente lo stesso anche delle critiche e delle soluzioni alternative elaborate dalla dottrina costituzionalistica?

Che l'interpretazione costituzionale abbia una qualche dimensione politica non è, ovviamente, una novità. Ciononostante, l'idea che, nelle forme e nei limiti delle loro attribuzioni, le giurisdizioni costituzionali svolgano funzioni di indirizzo politico resta in Italia piuttosto minoritaria e molto contestata¹¹. Ho tuttavia l'impressione che *Dobbs*, per la radicalità con cui ha cambiato il corso della giurisprudenza costituzionale statunitense, renda piuttosto palese come, almeno in certi casi, la giustizia costituzionale si risolva, in realtà, interamente in una decisione di natura politica. Sotto questo aspetto *Dobbs* sfida pertanto lo statuto epistemologico della scienza costituzionale assai più profondamente di quanto non sia emerso, a mio avviso, nel dibattito che la pronuncia ha generato¹². Concepire la scelta tra l'opinione di maggioranza, quella concorrente di Roberts e quella dissenziente come una *decisione politica* avrebbe difatti dovuto condurre a riflettere non solo sulla legittimazione dei giudici costituzionali a operare una scelta tra le diverse possibilità interpretative, ma anche su quella della scienza costituzionale a criticare tale scelta. Pur in assenza di effetti legalmente vincolanti, anche per quest'ultima si pone invero il medesimo problema

tion, in M. ROSENFELD e A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, 1058 ss.

¹¹ Portando alle ultime conseguenze questo dato, ha da ult. sostenuto che i giudici costituzionali partecipino nei fatti alla forma di governo degli Stati costituzionali A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relazione al Convegno annuale AIC 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2023_Brescia/Andrea_Morrone.pdf. L'idea che il giudice costituzionale sia contitolare della funzione di indirizzo politico, comunque, risale nel dibattito italiano sino al tempo dell'entrata in funzione della Corte costituzionale (tra tutti v., in part., P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 907 ss. in cui la Corte costituzionale era già definita, senza giri di parole, come «organo che partecipa alla funzione di indirizzo politico centrale»). Sottolinea questo aspetto in relazione a *Dobbs* R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 42 ss.

¹² Ad es., una significativa strategia di depoliticizzare (riportandola su un piano più consueta giuridico) la critica che la dottrina costituzionale ha, pressoché unanimemente, mosso a *Dobbs* è stato quello di spostare la discussione dal problema dell'accettabilità del merito della sentenza alla questione, più astratta, dell'accettabilità dell'originalismo come dottrina d'interpretazione costituzionale. Anche su questo piano, però, la discussione è stata rapidamente ricondotta a temi di teoria costituzionale normativa, nel senso che si è rapidamente riconosciuto che l'accettabilità di una dottrina d'interpretazione costituzionale dipende dall'idea (normativa) di Costituzione che l'interprete decide di assumere (su questi temi cfr. il dibattito che è seguito a C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, 7, 2022, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/tutte-le-lettere>).

teorico del fondamento dei giudizi interpretativi espressi sulle “questioni aperte”, specialmente di fronte al possibile riconoscimento della loro natura, almeno in certi casi, politica¹³.

In questo saggio proverò pertanto a rianalizzare *Dobbs* per mettere in luce come la Corte Suprema fosse chiamata a compiere, e abbia difatti compiuto, una decisione di natura politica¹⁴. Per evidenziare questo aspetto mi servirò delle categorie di analisi giuridica, da tempo introdotte nel dibattito statunitense, del “costituzionalismo conservatore” e del “costituzionalismo progressista”¹⁵, ossia di categorie descrittive di natura apertamente politica. Premessi alcuni cenni sul loro significato (paragrafo 2), cercherò in particolare di mostrare come esse riescano a descrivere l’opinione di maggioranza, quella concorrente di Roberts e quella dissenziente in modo più accurato di quanto non riesca a fare la loro riconduzione a teorie puramente giuridiche come l’originalismo, il minimalismo e il costituzionalismo *living* (paragrafi 3-5). Proverò infine a problematizzare – alla luce dello stato dell’arte della riflessione disciplinare sul metodo¹⁶ – la connessa questione della legittimazione della scienza costituzionale a criticare la scelta della maggioranza della Corte Suprema (paragrafi 6-7). Anticipo già che, nel farlo, il mio scopo non è quello di proporre una nuova risposta al problema fondamen-

¹³ In fondo – anche se, come tornerò a dire, si tratta di un argomento tradizionalmente poco valorizzato dalla dottrina italiana maggioritaria – i giudici costituzionali sono selezionati attraverso procedure comunque connesse, ancorché indirettamente, al circuito democratico, mentre la scienza costituzionale non lo è.

¹⁴ Sui molteplici significati che la questione dell’aborto assume nel *political spectrum* statunitense, ma con considerazioni che mi sembrano, per la maggior parte, generalizzabili per includere anche il contesto europeo, v. T. RISPOLI e L. PERINI, *The Meaning of Abortion. The U.S. case between Reactionary Politics vs. Black Feminist Theory*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2023, 69 ss.

¹⁵ R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1990, 641 ss.

¹⁶ Ricostruire uno stato dell’arte del dibattito metodologico italiano sulla scienza costituzionale è piuttosto complicato perché molto spesso le riflessioni sul metodo sono condotte nel contesto di trattazioni di merito. Per i riferimenti fondamentali, nel tempo, v. però almeno L. MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id. Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 115-140; AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997; A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 369-387; A. MORELLI, *Come lavora un costituzionalista? Per un’epistemologia della scienza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, 513-539; F. CORTESE, C. CARUSO e S. ROSSI, a cura di, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano 2020; S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 203-223; A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e Storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, M. DOGLIANI, *Scienza costituzionalistica e scienze umane. La dimensione costituzionale delle transizioni storiche: la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica*, T.E. FROSINI, *Diritto costituzionale e scienza politica: ovvero delle “convergenze parallele”*, O. ROSELLI, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di che cos’è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze e arti*, tutti in AA.VV., *Scienza costituzionale e scienze umane*, Napoli 2022; G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Perugia 2023. Da ult. un’organica riflessione sul metodo è stata sviluppata, nell’ambito di una trattazione di più ampia portata, da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023, 8 ss.

tale della legittimazione della scienza costituzionale, ma soltanto quello di mettere in luce come, a fronte di una tendenza diffusa a considerare costituzionalmente problematiche, in punto di legittimazione, le politiche giudiziarie, esista attualmente una sostanziale rimozione dalla riflessione metodologica disciplinare di una critica analoga delle politiche epistemiche che influenzano i processi di produzione del sapere costituzionalistico¹⁷. Per le ragioni che proverò a spiegare, infatti, mi sembra che la legittimazione di una critica scientifica alle politiche antiegalitarie dei giudici – come quella di peggiorare la condizione delle donne mosse, credo condivisibilmente, dalla dottrina italiana a *Dobbs* – possa dipendere in qualche misura anche dall'esistenza di un'autoriflessione collettiva sulle dinamiche di potere che plasmano la “neutralità” del sapere costituzionalistico.

2. “Costituzionalismo conservatore” e “costituzionalismo progressista” come categorie di analisi giuridica della giurisprudenza costituzionale. – Già nel 1990 Robin West sosteneva, in un lungo studio pubblicato sulla *Michigan Law Review*, che le più profonde divisioni nella dottrina costituzionalistica statunitense non dipendessero più da disaccordi tra gli studiosi sul piano delle teorie giuridiche, ma dalla diversità delle loro inclinazioni ideologiche¹⁸.

Questa polarizzazione era diventata via via più evidente a partire dalla grande diffusione nell'accademia statunitense degli approcci critici alla scienza giuridica. In particolare, la diffusione dell'idea che la neutralità della teoria costituzionale liberale fosse soltanto illusoria e, di conseguenza, che la giustizia costituzionale fosse, in fin dei conti, un'attività di natura politica, aveva condotto molti studiosi ad abbandonare i temi classici della riflessione giuspubblicistica moderna (come, ad esempio, le discussioni intorno all'*antimajoritarian difficulty* o all'ampiezza dei poteri del giudice costituzionale) per concentrarsi sul merito di singoli problemi costituzionali in una prospettiva più apertamente normativa¹⁹.

La tesi di West è che, in questo rinnovato contesto disciplinare “post-liberale”, possano distinguersi due grandi paradigmi di riferimento²⁰: da un lato, il “costituzionalismo conservatore”, per il quale la Costituzione e la giustizia costituzionale rappresentano una garanzia contro l'eccessiva ingerenza dei poteri pubblici nel naturale funzionamento della società e delle istituzioni sociali

¹⁷ Pratiche autoriflessive di questo tipo impegnano da tempo il dibattito metodologico delle altre scienze sociali e non sono sconosciute all'ambito degli studi giuridici, nel quale sono state promosse, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, in particolare dal *Critical Legal Studies Movement* (in generale cfr. P.H. COLLINS, *Intersezionalità come teoria critica della società*, trad. it. di P. Maturi, Torino 2022 [2019], 29 ss.; nella letteratura italiana v. solo di recente M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini 2017).

¹⁸ Cfr. R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1990, 648.

¹⁹ Ivi, 644.

²⁰ Ivi, 643.

in quanto portatrici di proprie forme di autorità legittima²¹; dall’altro, il “costituzionalismo progressista”, per cui, all’opposto, la Costituzione e la giustizia costituzionale rappresentano uno strumento di liberazione della persona dalle dinamiche di oppressione, generate dal naturale funzionamento della società e delle istituzioni sociali, ma prive di qualsiasi legittimazione²². In altre parole, paradigma conservatore e progressista concordano sulla pericolosità per la democrazia di un legislatore privo di limiti costituzionali e, quindi, sulla necessità di attribuire a un organo indipendente la funzione di controllare il rispetto di questi ultimi²³, ma dissentono profondamente sulle ragioni della pericolosità di un maggioritarismo illimitato e, quindi, sulle finalità ultime della giustizia costituzionale.

La distanza tra i due paradigmi può essere messa a fuoco, per West, soprattutto in relazione a tre temi, due particolari e uno generale: il diritto alla *privacy*, l’*Equal Protection Clause* e la natura dell’interpretazione costituzionale. Siccome intendo utilizzare queste categorie per analizzare *Dobbs*, mi concentrerò qui solo sul primo e sul terzo tema (anche se, a ulteriore conferma dell’impostazione di fondo dello studio di West, l’indirizzo della Corte Suprema è già radicalmente cambiato anche in relazione al secondo tema con la nota pronuncia del 2023 sull’illegittimità delle *affirmative actions* nelle procedure di ammissione ad Harvard)²⁴.

²¹ Il paradigma del “costituzionalismo conservatore” riunisce, peraltro, diverse teorie politiche conservatrici accomunate da una tendenziale avversione ai poteri pubblici, ma distinguibili in ragione della fonte di normatività sociale da preservare: il *conservatorismo moralistico* sostiene che lo Stato debba rispettare le visioni del bene promosse dalle istituzioni sociali egemoni; il *conservatorismo legalistico* che lo Stato debba rispettare la tradizione consolidatasi nell’ordinamento giuridico; il *conservatorismo mercantilista* che lo Stato debba rispettare i risultati prodotti dal libero mercato. West collega a ciascuna di queste teorie una differente filosofia giuridica conservatrice (rispettivamente *giusnaturalismo moralistico/tradizionalista*, *giuspositivismo imperativista* e *strumentalismo pro-concorrenziale*), le quali, con argomentazioni differenti, arrivano, tendenzialmente, ai medesimi risultati sulle “questioni aperte”. Per questi aspetti cfr. R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, cit., 651-662.

²² Allo stesso modo, anche il “costituzionalismo progressista” riunisce diverse teorie politiche progressiste accomunate da un tendenziale sospetto verso i poteri sociali che per le teorie conservatrici sono fonte di autorità legittima, ma a loro volta distinguibili in tre principali linee di pensiero: il *progressismo idealistico*, secondo cui lo Stato dovrebbe promuovere l’idea di bene, nel senso di realizzazione di libertà e uguaglianza, derivabile dalle esperienze dei soggetti storicamente oppressi, realizzando per tutte le persone le condizioni per un’esistenza libera e dignitosa; il *progressismo esistenzialista*, secondo cui lo Stato dovrebbe creare le migliori condizioni perché tutte le persone vivano la più ampia possibile libertà, nel senso di possibilità di autodeterminazione, percepita da tutti almeno occasionalmente anche nell’attuale condizione di tendenziale oppressione da parte delle esistenti gerarchie sociali; il *progressismo anti-subordinatorio*, secondo cui lo Stato dovrebbe intervenire per garantire l’emancipazione materiale delle categorie di persone attualmente oppresse socialmente. A queste sono legate, come sopra, differenti filosofie giuridiche progressiste (*giusnaturalismo idealistico*, *giuspositivismo possibilistico* e *strumentalismo anti-subordinatorio*). Per questi aspetti cfr. R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, cit., 678-90.

²³ Ivi, 645.

²⁴ Cfr. *Students for Fair Admissions, Inc. V. President and Fellows of Harvard College*, 600 U. S.

In relazione alla *privacy*, la divergenza tra i due paradigmi risulta con particolare evidenza dal confronto tra *Bowers v. Hardwick*²⁵ e *Roe*. Nel primo caso la Corte Suprema aveva giudicato che il XIV emendamento non ostasse a una legge statale che criminalizzava atti di sesso orale e anale tra adulti consenzienti compiuti in privato e, in particolare, che la *Due Process Clause* non conferisse alle persone omosessuali un diritto fondamentale alla libertà sessuale. A rendere *Bowers* un caso paradigmatico di “costituzionalismo conservatore” sono, per West, in particolare due elementi. Il primo è l’idea *tradizionalista* secondo cui le leggi che riflettono la morale convenzionale (*conventional morality*) devono essere considerate costituzionalmente legittime salvo che confliggano con esplicite previsioni costituzionali (con la conseguenza che la libertà garantita dalla Costituzione è solo quella di vivere una “vita buona” secondo la morale tradizionale)²⁶. Il secondo è l’idea *imperativista* per cui l’autorità del giudice costituzionale si fonda e si esaurisce nel dovere di “obbedire” all’ordine del potere costituente (con la conseguenza che le Corti non sono autorizzate a riconoscere diritti fondamentali non direttamente riconducibili alle intenzioni dei costituenti)²⁷. *Roe*, com’è molto noto, aveva invece rovesciato entrambi questi presupposti – adottando un approccio che West chiama, rispettivamente, *idealistico* e *possibilistico*²⁸ – per riconoscere alle donne il diritto fondamentale di abortire fino alla vitalità del feto fuori dal grembo quale strumento di autodeterminazione riproduttiva²⁹.

I due paradigmi divergono secondo una logica simile anche in relazione al problema più generale della natura dell’interpretazione costituzionale. Da un lato, l’originalismo e il *judicial restraint*, tipici del “costituzionalismo conservatore”, sarebbero rappresentativi del paradigma, più che di per sé, nella misura in cui esprimono una concezione di fondo in base alla quale un giudice è tenuto ad aderire a una “moralità dell’obbedienza”. Entrambi, cioè, rilevano in quanto indici dell’elemento che davvero qualifica il paradigma conservatore: un *rappor-*

____ (2023), su cui v. S. LEONE, *Costituzione Americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 26 ss.

²⁵ 478 U.S. 186 (1986). L’Autrice cita molti altri casi rappresentativi del paradigma conservatore, tra cui anche *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), in cui la Corte Suprema aveva giudicato sulla legittimità di una *anti-abortion law* del Missouri escludendo l’esistenza di un’obbligazione positiva dello Stato (*affirmative right*) a rendere accessibili trattamenti abortivi non terapeutici e, dunque, giudicando legittime le decisioni di vietare l’impiego di risorse pubbliche per tali trattamenti, ma mantenendo comunque fermo il criterio della vitalità del feto fuori dal grembo per determinare il momento di ammissibilità di un intervento regolatorio pubblico (con opinione dissidente di Scalia a favore, invece, di ribaltare più radicalmente *Roe*). Tornerò su questo caso più avanti nel testo per sottolineare come *Dobbs* si ponga, per certi versi, oltre il paradigma conservatore descritto da West.

²⁶ Cfr. R. WEST, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, cit., 663-664.

²⁷ Ivi, 663-667.

²⁸ Cfr. *funditus* nota n. 22.

²⁹ Ivi, 700 ss.

to *fondamentalmente non conflittuale con l'idea dell'autorità sociale* (quella dei costituenti, che impone di ricostruirne archeologicamente l'intento originale, e quella dei legislatori, che impone una particolare deferenza verso le loro decisioni)³⁰. All'opposto, un *rapporto fondamentalmente conflittuale con l'idea di autorità sociale* caratterizzerebbe il paradigma progressista. Tale rapporto condurrebbe a concepire la Costituzione come un programma per la realizzazione di una società più giusta, tramandato nella forma di un testo, dotato sì di forza prescrittiva, ma aperto a una pluralità di possibili interpretazioni. Come conseguenza, il giudice non può essere considerato alla stregua di un mero esecutore, ma assume il ruolo di agente moralmente responsabile di scegliere la migliore interpretazione per la realizzazione del progetto costituzionale di emancipazione nel particolare contesto storico e sociale in cui si trova a operare³¹.

Il punto fondamentale dello studio di West, insomma, è che gli esiti conservatori o progressisti a cui giunge l'interprete chiamato a risolvere “questioni aperte” non dipendano tanto dalla teoria giuridica generale di riferimento da cui muove il suo ragionamento, quanto piuttosto dal suo atteggiamento di fondo verso l'autorità e le altre forme di normatività sociale. Ad esempio, entrambi gli approcci all'interpretazione costituzionale che ho riassunto sopra possono dirsi, in punto di teoria generale, *positivistici* nella misura in cui impongono al giudice di partire dal testo della Costituzione (escludono, cioè, soluzioni controtestuali). Il variare dell'inclinazione ideologica verso l'autorità sociale (da una posizione pro-autorità a una contro-autorità) comporta, tuttavia, lo spostamento del singolo interprete, rispettivamente, da un approccio *positivistico-imperativistico* (conservatore) a uno *positivistico-possibilistico* (progressista).

L'applicazione di queste categorie di analisi a *Dobbs* può contribuire a mettere in luce come l'opinione concorrente di Roberts e quella dissenziente siano – diversamente da quanto sembra emergere nel dibattito italiano al riguardo – tanto politiche quanto lo è l'opinione di maggioranza poiché ugualmente determinate da un'inclinazione ideologica di fondo verso l'autorità sociale.

3. *La majority opinion: oltre il costituzionalismo conservatore, manifesto di un “costituzionalismo reazionario”*. – Se il “costituzionalismo conservatore” statunitense si caratterizza per una valorizzazione della morale tradizionale nel contesto dell'interpretazione della *Due Process Clause* e per una concezione ristretta della legittimazione e dei poteri della Corte per deferenza all'autorità del legislatore (costituente e ordinario), l'opinione di maggioranza in *Dobbs* sembra ricadere a pieno titolo entro tale paradigma.

La decisione della maggioranza si regge proprio, da un lato, sull'impossibi-

³⁰ Ivi, 673-674.

³¹ Ivi, 709 ss.

lità di considerare il diritto di abortire «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*»³² e, dall'altro, sulla qualificazione di *Roe* come un «*abuse of judicial authority*» per negarle il valore di precedente³³.

Questi aspetti, del resto, sono proprio quelli su cui si sono già principalmente concentrati anche i commenti italiani. Rispetto al ruolo del *tradizionalismo* nell'argomentazione della Corte, è stato ad esempio già sottolineato che il «concetto di “ordinata libertà” di cui si parla nella sentenza [...] sembra [...] identificarsi con l'ordine patriarcale costituito, nei suoi aspetti sociali e giuridici»³⁴, che la sentenza appare addirittura ispirata all'ideologia della «“maternità repubblicana”, che emerse come risultato dell'indipendenza, [secondo la quale] alle donne veniva affidato un solo ed esclusivo obbligo politico, seppur indispensabile, cioè il compito di allevare i futuri cittadini»³⁵ o, ancora, che *Dobbs* «abbraccia un populismo che non incontrerà più limiti se non quelli scolpiti nella “tradizione” o meglio nelle origini del popolo statunitense»³⁶. Allo stesso modo, in letteratura è già stato messo chiaramente in luce anche lo stretto legame che intercorre tra la concezione della limitata legittimazione della Corte – che ritiene di doversi «arrestar[e] dove il testo costituzional[e] è formalmente muto o non argomenta nulla di essenziale»³⁷ – e gli obiettivi politici della maggioranza, riconoscendo che «[la] prim[a] è strumentale ad un disegno [...] di stampo “conservatore”»³⁸.

³² 597 U.S. ____ (2022), 5, nonché per la ricostruzione dello standard 12 ss. e per lo sviluppo dell'argomento in riferimento al diritto di abortire 15-25. Accanto a questo argomento, l'opinione di maggioranza opera anche un significativo *distinguishing* tra il diritto di abortire e altri diritti riconosciuti in forza del XIV emendamento per il fatto che solo l'esercizio del primo comporta la soppressione di una “potential life” (cfr. 597 U.S. ____ (2022), 48-49 e 71). Sono d'accordo con A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, 406 ss. sul fatto che questo *distinguishing* sia convincente, semplicemente, però, esso non rileva, di per sé, né per lo standard del “*deeply rooted in this Nation's history and tradition*” né per quello, connesso, dell’ “*ordered liberty*”. Per questa stessa ragione, peraltro, l'uso di questo argomento da parte della maggioranza al fine di rassicurare sul fatto che *Dobbs* non rimetterebbe in discussione anche gli altri diritti non enumerati non risulta molto convincente.

³³ 597 U.S. ____ (2022), 6, nonché per lo sviluppo dell'argomento 39 ss. e in part. 44-45 e 66-69. Sottolineando che l'eccesso di potere giurisdizionale costituisca l'argomento principale per negare l'autorità di precedente a *Roe* – non a caso strettamente connesso con il *refrain* del “restituire al popolo e ai suoi rappresentanti il potere di decidere”, ripreso anche in chiusura della decisione – non voglio sminuire la complessità delle altre ragioni giuridiche che supportano la violazione dello *stare decisis* (relative alla *quality of reasoning*, alla *workability*, all'effetto distorsivo su altre aree del diritto e all'assenza di legittimo affidamento, tutte però più specificamente connesse al diritto statunitense, su cui v. 597 U.S. ____ (2022), 43 ss).

³⁴ G. BRUNELLI, *L'aborto “sbilanciato”. Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 20.

³⁵ E. FALETTI, *Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana Dobbs v. Jackson in tema di aborto*, in *Genius*, 23 gennaio 2023, 3.

³⁶ L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 32-50.

³⁷ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *Lettera AIC 07/2022*, 2.

³⁸ C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *Lettera AIC 07/2022*, 2; nello stes-

Può dunque essere più interessante provare a sottolineare sotto quali aspetti *Dobbs* sembra invece spingersi oltre il paradigma conservatore descritto da West, assumendo tratti, più che “conservatori”, “reazionari”³⁹.

A questo riguardo le differenze più significative mi sembrano due. In primo luogo, mentre un tratto tipico del paradigma conservatore è quello di sostenere la morale pubblica della maggioranza (in quanto riflettente quella tradizionale), *Dobbs* si spinge chiaramente oltre questa finalità. In *Bowers* la Corte aveva escluso che il potere giudiziario potesse limitare il potere degli Stati di restringere la libertà sessuale degli omosessuali, negando espressamente di essere legittimata a sindacare il “sentimento della maggioranza sull’immoralità dell’omosessualità”⁴⁰. In *Dobbs*, invece, la decisione muove dal presupposto, invero assai differente, che non esiste un consenso sulla moralità dell’aborto nella società statunitense⁴¹ e, anzi, riconosce apertamente che, già nel 1973, l’atteggiamento della popolazione verso l’aborto era cambiato⁴². A distanza di cinquant’anni, la maggior parte dei cittadini degli Stati Uniti non ritiene più l’aborto moralmente problematico in tutti i casi⁴³, tanto che la stessa Corte dà atto della possibilità di una reazione pubblica avversa a una pronuncia che legalizza divieti assoluti o quasi assoluti anche se ormai divenuti contrari al sentimento comune⁴⁴. Sotto questo aspetto, pertanto, mentre *Bowers* si limitava, in pieno spirito conservatore, a consolidare quella che la Corte riteneva essere la posizione moralmente maggioritaria nella società, si può dire che *Dobbs* assuma invece una portata “contromaggioritaria”, nel senso che mira a ricreare spazi politici idonei a consentire il riavvicinamento delle legislazioni positive a una morale convenzionale tradizionale divenuta ormai minoritaria (anche per la “cattiva influenza” di *Roe*).

In secondo luogo, *Dobbs* sembra distanziarsi dal paradigma conservatore anche per la sua concezione davvero *minima* di giustizia costituzionale. In *Webster*, un precedente in materia di aborto che West considera espressione di “costituzionalismo conservatore”⁴⁵, la maggioranza aveva difatti sì allentato

so senso anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 93.

³⁹ Parla esplicitamente di “restaurazione” ancora C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell’originalismo*, in *Lettera AIC 07/2022*, 2; di “natura politica reazionaria” anche 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, 40; di “decisione estremamente regressiva” L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 33.

⁴⁰ Cfr. 478 U.S. 196 (1986).

⁴¹ Cfr. 597 U.S. ____ (2022), 1 ss.

⁴² Cfr. 597 U.S. ____ (2022), 25.

⁴³ In base a un sondaggio indipendente di luglio 2023 di *Gallup*, ad es., il 34% degli statunitensi pensa che l’aborto dovrebbe essere legale in tutti i casi, il 51% legale in alcuni casi e solo il 13% illegale in tutti i casi (cfr. <https://news.gallup.com/poll/321143/americans-stand-abortion.aspx>, consultato a febbraio 2024; il restante 2% preferisce non esprimersi).

⁴⁴ Cfr. 597 U.S. ____ (2022), 67.

⁴⁵ V. *supra* nota n. 25.

il vincolo derivante da *Roe*, ma comunque mantenuto fermo il nucleo centrale del precedente (ossia la derivabilità di un diritto di abortire dalla *Due Process Clause*) affermando che:

But the goal of constitutional adjudication is surely not to remove inexorably “politically divisive” issues from the ambit of the legislative process, whereby the people through their elected representatives deal with matters of concern to them. The goal of constitutional adjudication is to hold true the balance between that which the Constitution puts beyond the reach of the democratic process and that which it does not. We think we have done that today.⁴⁶

La maggioranza di *Dobbs*, invece, agisce per rimettere l'intera disciplina dell'aborto entro lo spazio del politicamente decidibile, rifiutando la comune convinzione di “costituzionalismo conservatore” e “costituzionalismo progressista” che il maggioritarismo illimitato – su temi così centrali per la libertà individuale – rappresenti un pericolo per la democrazia costituzionale. Anche sotto questo aspetto, insomma, *Dobbs* eccede il paradigma conservatore accordando una fiducia sostanzialmente senza limiti alle maggioranze parlamentari.

Nel complesso, l'opinione di maggioranza traccia pertanto le linee di un possibile terzo paradigma di “costituzionalismo reazionario” caratterizzato, da un lato, da una finalità di restaurare le condizioni istituzionali entro cui poter rilegittimare posizioni radicate nella morale tradizionale, anche se ormai abbandonate, e, dall'altro, da una deferenza pressoché assoluta verso l'autorità dei legislatori. Questi due elementi, più che il verso della decisione in sé, sembrano segnare un punto di significativa rottura con la precedente giurisprudenza costituzionale statunitense, anche di stampo conservatore.

4. *La concurring opinion (only in judgment) di Roberts: apologia del minimalismo giudiziario quale strumento del costituzionalismo conservatore.* – Più tipicamente conservatrice è, invece, l'opinione concorrente di Roberts.

In effetti, Roberts richiama espressamente *Webster*⁴⁷ e ripropone il medesimo schema decisorio: un allentamento della regola stabilita da *Roe* senza rimetterne in discussione il nucleo centrale. L'opinione concorrente spiega in modo molto chiaro che, per pronunciarsi sulla legittimità del divieto di aborto elettivo dopo la quindicesima settimana previsto dalla legge del Mississippi, non sarebbe stato affatto necessario prendere anche una posizione sulla questione più generale se la Costituzione riconosca un diritto di abortire. Sarebbe stato, invero, sufficiente riconoscere l'inadeguatezza del limite della vitalità del feto al di fuori del grembo individuato da *Roe* (con cui la legge in questione effettivamente

⁴⁶ Cfr. 492 U.S. 490 (1989).

⁴⁷ Cfr. 597 U.S. ___ (2022), ROBERTS, C.J., *concurring in judgment*, 7.

contrastava) e riconoscerne la legittimità secondo un più lasco standard dell’“*a-dequate opportunity to terminate a pregnancy*” (con cui la legge in questione non avrebbe contrastato in ragione del tempo sufficientemente lungo, salvo casi eccezionali, per accorgersi della gravidanza e prendere una decisione consapevole sul se proseguirla o meno)⁴⁸.

In questo modo la soluzione proposta da Roberts assume senza dubbio una natura più compromissoria del conflitto tra tutela della morale convenzionale tradizionale e garanzia dell’autodeterminazione riproduttiva. Questo però non sembra escludere, come invece hanno teso a escludere altri commentatori, che anch’essa sia espressione di un’inclinazione ideologica di tipo conservatore.

A mio modo di vedere, la piena collocazione nel paradigma conservatore anche dell’opinione di Roberts non dipende tanto dal fatto che essa avrebbe comunque segnato un arretramento nella tutela dei diritti riproduttivi (dato che la soluzione individuata da *Roe* non è di certo l’unica soluzione possibile in una prospettiva di “costituzionalismo progressista”)⁴⁹, quanto piuttosto dall’idea *minimalista* del ruolo del giudice costituzionale da cui essa muove. Il passaggio più significativo al riguardo è il seguente:

Both the Court’s opinion and the dissent display a relentless freedom from doubt on the legal issue that I cannot share. I am not sure, for example, that a ban on terminating a pregnancy from the moment of conception must be treated the same under the Constitution as a ban after fifteen weeks.⁵⁰

Il rapporto con il dubbio di Roberts è la manifestazione di un atteggiamento fondamentalmente pro-autorità, anche se, in questo caso, l’autorità è quella di un precedente di stampo progressista. La conferma di *Roe*, in questo modo, non sembra difatti derivare da un’adesione ragionata e moralmente responsabile alla scelta di valore operata dalla Corte del 1973 (come richiederebbe un approccio progressista), ma soltanto a una logica del tipo “nel dubbio, *pro* autorità” (tipicamente conservatrice).

Oltre a mettere in discussione la caratterizzazione della posizione di Roberts come maggiormente neutrale, questo ragionamento evidenzia una connessione strutturale tra minimalismo giudiziario e “costituzionalismo conservatore”. Difatti, mentre l’attivismo giudiziario può essere indifferentemente progressista o conservatore (o, come in *Dobbs*, reazionario), il minimalismo giudiziario – nella misura in cui suggerisce al giudice di rinunciare alla propria autonomia di giudizio per rispettare l’autorità della decisione del legislatore o di un precedente – è

⁴⁸ 597 U.S. ____ (2022), ROBERTS, C.J., *concurring in judgment*, 9.

⁴⁹ Cfr. nello stesso senso anche A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d’America: sviluppi dell’ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 20.

⁵⁰ 597 U.S. ____ (2022), ROBERTS, C.J., *concurring in judgment*, 12.

sempre espressione di un approccio conservatore alla giustizia costituzionale⁵¹. E lo è indipendentemente dagli esiti, di stampo progressista o conservatore, che raggiunge nei singoli casi, per il semplice fatto che aderisce e promuove un'idea di fondo del giudice come vincolato alla "moralità dell'obbedienza" di cui parla West.

5. *La minority opinion: l'alternativa del costituzionalismo progressista.* – L'opinione dissenziente di Breyer, Sotomayor e Kagan – secondo cui la legge del Mississippi avrebbe dovuto essere considerata incostituzionale – presenta invece tutte le caratteristiche del "costituzionalismo progressista" identificate da West.

Prima di tutto, la minoranza radica la propria interpretazione della *Due Process Clause*, come già rilevato ampiamente da tutti i commentatori, a una finalità chiaramente emancipatoria e apertamente critica verso la tradizione⁵². Questo dato risulta molto evidente in un passaggio della motivazione in cui la minoranza descrive una sorta di filosofia della storia della giurisprudenza costituzionale statunitense per cui essa procederebbe progressivamente verso la piena conquista dei diritti⁵³:

⁵¹ *Contra* M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 2023, 36-37 che sostiene che «non è possibile stabilire alcuna correlazione organica tra minimalismo, moderazione ecc. [e] inclinazioni ideologiche (progressiste, conservatrici, ecc.)» perché, ad es., «il *restraint* è stato caldeggiato in chiave progressista contro il conservatorismo economico della Corte Suprema nell'età *Lochner*» e «più di recente è stato proposto [...] come risposta alla contro-rivoluzione conservatrice». Mi sembra, però, che un conto sia riconoscere che si possa fare un uso politico (in senso progressista o conservatore) di una strategia giudiziaria minimalista, un altro negare che esista una "correlazione organica tra minimalismo e inclinazioni ideologiche". La proposta di minimalismo in chiave progressista nell'età *Lochner*, ma, forse, anche la proposta contemporanea di Cass Sunstein, supportano senz'altro la prima di queste due asserzioni, che condivido. Non mi sembra però che siano sufficienti a superare l'argomento che ho presentato nel testo secondo cui qualsiasi posizione minimalista (anche se assunta per finalità politiche progressiste) presuppone una concezione conservatrice della funzione del giudice costituzionale e, dunque, una certa inclinazione ideologica pro-autorità. Una Corte che aderisse autenticamente a un paradigma di "costituzionalismo progressista", del resto, non credo riterrebbe costituzionali le leggi che impongono limiti agli orari di lavoro perché la Costituzione non vieta di tutelare il benessere dei lavoratori dipendenti (come le *dissenting* in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)), ma argomenterebbe nel senso che l'interesse alla protezione dei lavoratori dipendenti, in quanto categoria potenzialmente oggetto di dinamiche di illegittima subordinazione sociale, ha un fondamento costituzionale.

⁵² V., ad es., 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, 24 ss. o A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 20 ss., che, come anche altri, sottolinea, in particolare, lo sviluppo dell'argomentazione di minoranza in riferimento alle categorie di donne appartenenti a minoranze razziali e alle fasce sociali marginalizzate.

⁵³ Nel contesto italiano ha sviluppato una filosofia della storia (generale e non limitata alla giustizia costituzionale) di questo stampo, di recente, E. FELICE, *La conquista dei diritti. Un'idea della storia*, Bologna 2022, 12.

Throughout our history, the sphere of protected liberty has expanded, bringing in individuals formerly excluded. In that way, the constitutional values of liberty and equality go hand in hand [...] *Casey* similarly recognized the need to extend the constitutional sphere of liberty to a previously excluded group. The Court then understood [...] that the men who ratified the Fourteenth Amendment and wrote the state laws of the time did not view women as full and equal citizens. [...] And equal citizenship, *Casey* realized, was inescapably connected to reproductive rights.⁵⁴

In secondo luogo, l'opinione di minoranza prende una posizione netta contro il maggioritarismo, che, come ho detto, rappresenta in realtà un tratto condiviso del paradigma progressista e conservatore (e, difatti, una posizione simile era stata affermata anche in *Webster* e, con tutta probabilità, condivisa dallo stesso Roberts)⁵⁵.

Dal paradigma conservatore, tuttavia, la minoranza torna a distinguersi chiaramente nella difesa del valore di precedente di *Roe*. La *dissenting*, infatti, riafferma la vigenza di *Roe* per motivi profondamente diversi da quelli di Roberts. Nell'economia della giustificazione della minoranza, difatti, l'argomento decisivo non è tanto che si debba per forza aderire allo *stare decisis*⁵⁶, quanto che si deve mantenere fermo *Roe* perché «*first, for all the reasons we have given, [it was] correct*»⁵⁷.

Infine, il rapporto fondamentalmente conflittuale verso l'autorità – ossia il dato che, in base alle categorie di West, dovrebbe realmente distinguere la posizione della minoranza – emerge anche a livello linguistico. Per prima cosa, esso è assolutamente evidente nella critica dell'uso neutralizzante del «*we the people*», che nasconde, per la minoranza, una dinamica storica di esclusione delle donne dalla decisione costituente. Polemicamente, la *dissenting* ricorre invece a un linguaggio connotato in termini di genere che valorizzi la questione femminile («*But, of course, "people" did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did*»)⁵⁸.

⁵⁴ 597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 22-24.

⁵⁵ «*For in this Nation, we do not believe that a government controlling all private choices is compatible with a free people. So we do not (as the majority insists today) place everything within "the reach of majorities and [government] officials [...] We believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule*» (597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 7).

⁵⁶ In letteratura M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs e il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 1, 2023, 79 sottolinea una «bizzarra inversione dei ruoli» nella difesa della tradizione tra maggioranza e minoranza rispetto alla questione dello *stare decisis*. Penso che l'approccio della minoranza non possa, in realtà, dirsi realmente tradizionalista nemmeno sotto questo aspetto proprio perché *Roe* è chiaramente difeso, anzitutto, in quanto precedente corretto.

⁵⁷ 597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 31.

⁵⁸ Ivi, 14 (per esteso: «*As an initial matter, note a mistake in the just preceding sentence. We referred there to the "people" who ratified the Fourteenth Amendment: What rights did those "people" have in their heads at the time? But, of course, "people" did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did. So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation*»).

Inoltre, un rapporto fondamentalmente conflittuale verso l'autorità mi sembra anche confermato dall'assunzione di un atteggiamento a tratti apertamente ironico verso l'opinione di maggioranza⁵⁹ e, in generale, di un registro, almeno comparativamente, di gran lunga più informale di quello della maggioranza e di Roberts⁶⁰.

La conferma decisiva della migliore capacità euristica delle categorie descrittive di West rispetto a quelle utilizzate nella letteratura italiana (ad esempio la contrapposizione tra le teorie giuridiche dell'originalismo e del costituzionalismo *living*), però, è che la stessa minoranza sostiene di stare a propria volta adottando un approccio originalista, seppur di natura non *imperativistica*, ma *possibilistica*⁶¹. Per la minoranza, infatti, sarebbe proprio il rispetto della volontà originale dei *Framers* a richiedere un'applicazione dei principi da essi positivizzati alla luce delle mutabili circostanze sociali e, dunque, ammettendo e imponendo l'esercizio di un certo grado di discrezionalità giudiziaria⁶². La possibilità di considerare tanto l'approccio di maggioranza quanto quello di minoranza quali variazioni di un comune impegno originalista mostra, in maniera che mi sembra davvero inequivocabile, che la decisione della Corte Suprema in *Dobbs* non possa essere ricondotta, in ultima analisi, all'adesione dei giudici a teorie giuridiche generali alternative (della Costituzione, dell'interpretazione costituzionale, ecc.). Essa è, in realtà e più semplicemente, il frutto di inclinazioni ideologiche verso l'autorità sociale divergenti e di differenti concezioni politico-morali della sua legittimazione.

⁵⁹ Cfr. ad es. i seguenti passaggi della motivazione: «*When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification (except that we may also check it against the Dark Ages), it consigns women to second-class citizenship*» (597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 15, enfasi aggiunta): «*Nor does it even help just to take the majority at its word. Assume the majority is sincere in saying, for whatever reason, that it will go so far and no further. Scout's honor. Still, the future significance of today's opinion will be decided in the future*» (ivi, 27, enfasi aggiunta).

⁶⁰ Cfr. ad es. la metafora della torre del Jenga per sottolineare il rischio degli effetti di sistema dell'*overruling* su altri diritti costituzionalmente tutelati («*Faced with all these connections between Roe/Casey and judicial decisions recognizing other constitutional rights, the majority tells everyone not to worry. It can (so it says) neatly extract the right to choose from the constitutional edifice without affecting any associated rights. (Think of someone telling you that the Jenga tower simply will not collapse.)*»), 597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 24-25, enfasi aggiunta).

⁶¹ In generale, del resto, sull'esistenza di più originalismi e, in particolare, di approcci progressisti all'originalismo v. L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *Lettera AIC* 07/2022, 2-3.

⁶² 597 U.S. ____ (2022), BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, JJ., *dissenting*, 16 ss. Un originalismo di verso progressista è adottato anche nella *dissenting* nella già citata *Students for Fair Admissions, Inc. V. President and Fellows of Harvard College*, 600 U. S. ____ (2023). In letteratura, sottolinea il passaggio della *dissenting* in cui la minoranza accusa la maggioranza di operare una "semplificazione mistificante" nel presentare la falsa dicotomia tra originalismo e *juristocracy* già C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in *Lettera AIC* 07/2022, 3.

6. Dal problema della legittimazione dei giudici costituzionali a quello della scienza costituzionale: due posizioni estreme (oggettivismo e relativismo). – Per le ragioni che ho illustrato sinora, un’analisi di *Dobbs* condotta attraverso le categorie analitiche del “costituzionalismo conservatore” e del “costituzionalismo progressista” mostra come nessun approccio giudiziario alle “questioni aperte” possa dirsi realmente neutrale.

La politicità della scelta giudiziaria che ho cercato di mettere in luce non riguarda il livello più superficiale in riferimento al quale si può dire che chiunque sia chiamato a prendere una decisione in un caso come *Dobbs* è chiamato a prendere, nella sostanza, una decisione contro o a favore dei diritti delle donne, *pro life* o *pro choice*. A questo livello, la maggioranza può difendersi dall’accusa di politicità sostenendo che rimettere la decisione a organi più democraticamente rappresentativi è la migliore garanzia di una Corte formalmente non partigiana. Sempre a questo livello, e forse ancora più convincentemente per il gusto giuridico europeo, può difendersi anche Roberts, sostenendo che il suo approccio compromissorio è un bilanciamento ragionevole degli interessi coinvolti e, dunque, un approccio non partigiano non solo nella forma, ma anche nella sostanza.

La politicità che ho cercato di evidenziare riguarda invece un livello più profondo, che attiene alla connessione di tali approcci a un’inclinazione ideologica dei singoli giudici, consapevole o inconscia, verso l’autorità sociale e il problema filosofico della sua legittimazione. A questo più profondo livello, difatti, mi sembra risulti piuttosto chiaramente dall’analisi che ho condotto che anche la scelta minimalista di Roberts può dirsi, in realtà, espressione di un approccio conservatore – e, dunque, ideologicamente connotato – alla giustizia costituzionale. E lo è, naturalmente e a scampo di equivoci, seppur nell’altro verso, anche l’opinione di minoranza, che, d’altronde, sostiene una concezione apertamente critica della stessa autorità costituente (“*men, not people*”).

La tesi che, per concludere, vorrei avanzare è che la natura politica di questi presupposti ultimi non rappresenta soltanto un problema per la legittimazione dei giudici costituzionali, ma anche per la stessa scienza costituzionale. A fronte di una vastissima letteratura che problematizza la legittimazione delle Corti in relazione alla dimensione politica che l’interpretazione costituzionale assume nelle “questioni aperte”, un dibattito analogo sulla legittimazione della scienza costituzionale a esprimere propri giudizi interpretativi al riguardo risulta invece, in Italia, quasi interamente assente. Eppure le “questioni aperte” pongono per la scienza costituzionale un problema del tutto analogo a quello che pongono per le Corti, se non, per certi versi, addirittura più grave. Anche se è un argomento molto contestato, le Corti possono difatti sempre affermare la propria legittimazione a compiere, in alcuni casi più difficili ed entro i limiti delle loro attribuzioni costituzionali, scelte di natura politica in forza della connessione delle procedure di nomina dei giudici con i processi democratici. Lo stesso non può dire invece la scienza costituzionale, che non può vantare alcuna legittimazione democrati-

co-elettorale, nemmeno intesa in questo senso molto lasco. Per questo motivo, penso che il rilievo di una sentenza come *Dobbs* per il dibattito italiano possa essere soprattutto di tipo metodologico poiché pone con forza il problema della legittimazione del discorso costituzionalistico come sapere scientifico a criticare le politiche costituzionali giudiziarie⁶³.

Cercherò quindi di mettere questo problema di legittimazione in relazione con la riflessione sul metodo della scienza costituzionale sviluppata nel contesto italiano al fine di individuare se e quali risposte a una simile critica siano attualmente offerte dallo stato della nostra metodologia scientifica.

Ovviamente, un problema di questo genere non si pone per chi aderisce a concezioni epistemologiche, per così dire, estreme del sapere costituzionale. Da un lato, una sentenza come *Dobbs* non dovrebbe mettere in crisi chi aderisce a posizioni di *oggettivismo epistemologico* (o comunque posizioni *cognitiviste forti*) secondo cui la scienza giuridica sarebbe sempre in grado di dare risposte caratterizzate da un elevato grado di certezza⁶⁴. Per chi aderisce a queste posizioni, quello che ho presentato appare probabilmente come un falso problema dato che sarebbe possibile identificare, tra quella della maggioranza, di Roberts e della minoranza, un'interpretazione più corretta (ad esempio, perché esiste un determinato rapporto giudice-autorità positivizzato in un certo ordinamento e tale rapporto è conoscibile con elevato grado di certezza dalla scienza giuridica). Dal lato opposto dello spettro, il problema non si pone nemmeno per chi adotta una posizione di *relativismo epistemologico* (o comunque posizioni *non cognitiviste forti*) secondo cui una conoscenza a elevato grado di certezza sulle "questioni aperte" del diritto costituzionale sarebbe radicalmente da escludere⁶⁵. Chi aderi-

⁶³ Dalla necessità di rispondere a un problema simile mi sembra che muova da ult., nel dibattito italiano, G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Perugia 2023, finendo però, mi sembra, per accettare la critica e argomentare a favore di un paradigma progressista (cfr. in part. il discorso sull'autorità 128 ss.). Così, peraltro, fa la stessa West nel suo scritto su *Progressive and Conservative Constitutionalism*. A scanso di equivoci, in questo scritto non intendo argomentare a favore o contro una certa metodologia, ma limitarmi a un discorso meta-metodologico.

⁶⁴ Da ult., mi sembra abbia argomentato a favore di una concezione del sapere giuridico di questo tipo M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023, 8 ss. e in part. 12 dove si chiarisce che «quel che la scienza giuridica è chiamata a essere non può però stabilirlo in autonomia ciascuno di noi, facendo valere le proprie preferenze assiologiche o addirittura i propri pre-giudizi ideologici, ma dipende dall'*oggettività della sua vicenda storica*, che quello statuto epistemologico ha lentamente, ma saldamente, edificato» (enfasi aggiunta). In questa prospettiva, una scienza giuridica che negasse la propria capacità di produrre risposte a elevato grado di certezza negherebbe la propria «funzione sistemica e più intima» (14) di produrre «ordine attraverso il diritto» (41) che l'avrebbe caratterizzata sin dalle «società umane [...] "arcaiche"» (19 ss.) rispondendo, antropologicamente, all'«esigenza di certezza [...] connaturata all'essere umano [...] "che disperatamente anela ad una certezza" allo scopo di dare senso alla vita» (45) che, pur «causticamente critica[ta] in termini psicanalitici come nostalgia dell'autorità promanante dalla figura paterna» (di cui, comunque, Luciani sottolinea il «non irrisorio valore che un simile fondamento comunque avrebbe»), sarebbe oggi confermata, in prospettiva diversa, dalle neuroscienze (45-46).

⁶⁵ È ad es. la posizione dei c.d. *postmodern ironists* su cui G. MINDA, *Postmodern Legal*

sce a queste posizioni liquiderebbe probabilmente il problema di legittimazione di una critica scientifica alle politiche costituzionali dei giudici come un problema irrisolvibile, frutto di un approccio ingenuo all'epistemologia.

7. Segue: *Una posizione intermedia: per una razionalità discorsiva "inclusiva"*. – Il problema dovrebbe però essere più seriamente preso in considerazione da chi – come mi sembra faccia attualmente la maggior parte degli studiosi – aderisce a posizioni epistemologiche intermedie che configurano lo statuto del sapere costituzionale alla stregua di quello delle scienze umane e, con riferimento in particolare agli aspetti più propriamente normativi, della filosofia pratica.

Entro una prospettiva di questo tipo si colloca senz'altro chi parte dall'idea che «in uno "Stato costituzionale" come quello delle democrazie pluralistiche il formalismo è [...] destinato a tramontare, poiché il sistema giuridico trova la sua base in valori sostanziali [sicché] la logica dei valori diviene la logica della Costituzione»⁶⁶ e, di conseguenza, riconosce che «i procedimenti interpretativi della Costituzione [...] somigliano sempre più ai modi argomentativi della filosofia pratica [ossia] di un discorso in cui... si fanno valere argomenti e controargomenti, e alla fine decidono le ragioni migliori»⁶⁷; ma anche tutti coloro che, più semplicemente, ammettono che la conoscenza del diritto costituzionale non possa prescindere da considerazioni empiriche⁶⁸, indagini di storia della filosofia

Movements. Law and Jurisprudence At Century's End, New York 1996, 230 o delle altre posizioni di c.d. nichilismo postmoderno su cui v. M.G. BERNARDINI, *Le teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO, a cura di, *Le teorie critiche del diritto*, Pacini 2017, 13-15.

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4, 1991, 655-666.

⁶⁷ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 119. Nello stesso senso, ad es., anche A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo "relazionista" nel diritto costituzionale)*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997, 166-168 («il giurista non può ignorare la morale costituzionale che sottostà al quadro giuridico adottato ed essa costituirà strumento ermeneutico e chiave metodica indispensabile per la costruzione del discorso giuridico [che] non è solo logico morale, ma anche e naturalmente topico-argomentativo, sicché si deve ormai accettare l'intrinseco tasso di discrezionalità (e quindi il minore grado di oggettività) che – piaccia o no – inevitabilmente ciò comporta»).

⁶⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997, 28-29 (che sottolinea, tra l'altro, come ciò comporti la necessità di «accettare l'intrinseco tasso di discrezionalità (e quindi il minore grado di oggettività)») e, più di recente, A. MORELLI, *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, 524-525. Individua questo elemento come elemento caratterizzante della scienza del diritto "pos-moderna" P. GROSSI, *Il diritto in Italia oggi, tra modernità e pos-modernità*, in ID., *Ritorno al diritto*, Bari 2015, 23 («Nella modernità il diritto veniva sottoposto alle forche caudine della validità [...] il pos-moderno valorizza la contrario l'effettività, con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà»).

e delle dottrine politiche⁶⁹ o riflessioni politologiche⁷⁰ e, dunque, più in generale, da un qualche grado di ibridazione con altre forme di sapere (non logico-formale). Più o meno esplicitamente, tutte queste posizioni sono difatti accomunate dall'apertura a un certo pluralismo metodologico⁷¹ e da una valorizzazione del momento dell'argomentazione, in linea con schemi divenuti ormai tipici delle scienze umane contemporanee.

Collocarsi oggi in questa prospettiva comporta così, almeno tendenzialmente, anche concepire la legittimazione del sapere in termini di razionalità discorsiva⁷². Per chi adotta posizioni epistemologiche intermedie, il valore aggiunto del sapere costituzionalistico dovrebbe, cioè, derivare dal fatto che esso è il risultato di un discorso aperto e tra pari, che si approcciano ai problemi da indagare con spirito scientifico, ossia attraverso una ricerca libera e disinteressata delle ragioni migliori. Può essere che molti ritengano che anche i giudici costituzionali dovrebbero approcciarsi in un modo simile alla loro funzione (anche se il processo costituzionale ha una struttura assai diversa dal discorso scientifico) e, quindi, che un giudice apertamente guidato dalla propria inclinazione ideologica riduca la legittimazione della Corte in cui opera. Questa è una teoria della giurisdizione costituzionale condivisibile e diffusa, ma non indiscutibile. Tutti coloro che rifiutano posizioni di relativismo epistemologico forte, invece, credo concordino che, sul piano metodologico, una ricerca apertamente pregiudicata da un'inclinazione ideologica precostituita e indiscutibile sia del tutto priva di legittimazione scientifica.

Nonostante i migliori propositi di neutralità, tuttavia, chi fa ricerca giuridica non è certamente meno condizionato dalle proprie inclinazioni ideologiche inconscie o, comunque, connesse alla propria situazione esistenziale e sociale. Per esempio, uno studioso e una studiosa non sono soggetti allo stesso modo alla normatività sociale in materia di aborto, così come non lo sono una studiosa ricca e una studiosa povera, ecc. Per questo è difficile sostenere, oggi, che i risultati a cui giungono le comunità scientifiche impegnate in ricerche come quelle in materia costituzionalistica non siano, almeno in parte, il frutto della loro composizione demografica e che questa influenza non cominci, a monte,

⁶⁹ Cfr. M. DOGLIANI, *Scienza costituzionalistica e scienze umane. La dimensione costituzionale delle transizioni storiche: la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica*, in AA.VV. *Scienza costituzionale e scienze umane*, Napoli 2022, 37.

⁷⁰ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2, 2021, 212.

⁷¹ Confermano l'esistenza di una tendenza generale al pluralismo metodologico da ult. anche F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: un'introduzione*, in ID. (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano 2020, 22.

⁷² Cfr., in generale, il paradigma habermasiano ripreso sinteticamente, da ult., in J. HABERMAS, *Una considerazione genealogica sul contenuto cognitivo della morale*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Bergamo 2008 [1996], 48 ss.

dalla definizione degli standard epistemici relativi a cosa valga, per la comunità, come sapere legittimo⁷³. Proprio partendo da questo dato di realtà, chi accede a concezioni epistemologiche relativiste tende a negare radicalmente la possibilità di formare saperi autentici (o autenticamente intersoggettivi). Per chi aderisce a posizioni epistemologiche più moderate, invece, il riconoscimento dell'importanza per la ricerca costituzionalistica del posizionamento di ciascuno rispetto all'autorità sociale dovrebbe portare alla logica conseguenza che – nel contesto di un paradigma di legittimazione discorsivo – tanto maggiore può considerarsi la legittimazione del discorso scientifico quanto maggiore è l'effettiva partecipazione di tutte le soggettività interessate⁷⁴.

In sintesi, lo sviluppo fino alle ultime conseguenze dei presupposti della posizione epistemologica dominante dovrebbe condurre alla conclusione che la garanzia della maggiore neutralità possibile del sapere costituzionalistico, in un determinato contesto sociale di riferimento⁷⁵, dipende dalla creazione delle migliori condizioni possibili per la realizzazione del paradigma di razionalità discorsiva.

Questo discorso generale risulta particolarmente pertinente, mi sembra, per il tema dell'aborto, in riferimento al quale le studiose da tempo denunciano una sostanziale esclusione della loro “agentività epistemica”⁷⁶, sia nelle forme di ne-

⁷³ V. diffusamente, anche per riferimenti alla teorica dei poteri epistemici, P.H. COLLINS, *Intersezionalità come teoria critica della società*, trad. it. di P. Maturi, Torino 2022 [2019], 177 ss. e in part. 179.

⁷⁴ La partecipazione delle minoranze è, del resto, un elemento cardine del paradigma della razionalità discorsiva basato su processi argomentativi caratterizzati almeno da queste quattro qualità: «(a) nessuno che possa portare un contributo rilevante deve essere escluso dalla partecipazione; (b) a tutti si dà un'eguale opportunità di produrre contributi; (c) i partecipanti devono realmente pensare ciò che dicono; (d) la comunicazione dev'essere libera da costrizioni esterne e interne, in maniera tale che le prese di posizione “sì/no” circa pretese-di-validità criticabili siano soltanto motivate dalla forza di convincimento delle ragioni migliori» (J. HABERMAS, *Una considerazione genealogica sul contenuto cognitivo della morale*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Bergamo 2008 [1996], 58). Sul carattere non «“normativo” in un senso morale» di questi requisiti, quale esito di una *rational reconstruction*, da cui peraltro deriva anche che «inclusività [...] significa solo illimitato accesso al discorso e non universalità di una qualsiasi norma obbligatoria», *ibid.* 59. Anche chi dovesse mettere in discussione la posizione di Habermas sul carattere a-morale dei principi dell'argomentazione, un'eventuale normatività del principio di “eguale partecipazione” non costituisce comunque un problema per la particolare disciplina della scienza costituzionale dato che esso troverebbe comunque un indubbio fondamento nei valori della Costituzione positiva e, più in generale, del costituzionalismo inteso come dottrina politica. In generale, sull'operationalizzabilità del principio di discorso anche al discorso giuridico *ibid.* 60.

⁷⁵ Al di là della portata universalistica del paradigma habermasiano, qui richiamato solo in generale per descrivere la concezione del dibattito scientifico che sembra oggi prevalente nel settore, sulla validità solo “locale” delle narrazioni e metaprescrizioni che legittimano i saperi scientifici cfr. J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, trad. it. di Carlo Formenti, Bergamo 2017 [1979], 118-120.

⁷⁶ L'idea di “agentività epistemica”, sviluppata e utilizzata soprattutto nell'ambito dell'epistemologia sociale, fa riferimento, in generale, alla capacità di individui e gruppi di partecipare ai processi di produzione, comunicazione, valutazione e conservazione della conoscenza. Le donne sono un gruppo la cui agentività epistemica è stata storicamente ridotta a causa di fenomeni di ingiustizia

gazione dell'autorità testimoniale⁷⁷ sia, più in generale, in quelle della marginalizzazione degli approcci femministi alla teorizzazione costituzionale⁷⁸.

A fronte di una critica serrata della politica antiegalitaria dei giudici della Corte Suprema in *Dobbs*, il dibattito costituzionalistico italiano ha storicamente dedicato, e dedica tuttora, spazi limitatissimi all'autocritica del proprio carattere escludente – e dunque ugualmente antiegalitario – verso certi tipi di soggettività⁷⁹. In assenza di un'autocritica di queste politiche epistemiche e delle altre che influenzano, in generale, i processi di produzione del sapere costituzionalistico allontanandoli dal suo paradigma legittimante della razionalità discorsiva, tuttavia, la critica scientifica di *Dobbs* si espone al rischio di essere accusata, a sua volta, di essere niente di più che una critica politica o, comunque, frutto di un

epistemica, su cui v. in generale C. O'CONNOR, S. GOLDBERG e A. GOLDMAN, *Social Epistemology*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, §5.3, in <https://plato.stanford.edu/archives/win2023/entries/epistemology-social>.

⁷⁷ Per tutte, proprio in riferimento al dibattito su *Dobbs*, cfr. M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *Lettera AIC 07/2022*, 1: «Ma, allora, che cos'hanno in comune (finora) la vicenda statunitense e la discussione sviluppatasi in seno alla dottrina costituzionalistica italiana? Mi pare sicuramente quella di essere una *discussione fra uomini* dove, purtroppo, l'aborto, un problema che coinvolge prima di tutto la donna e il suo diritto a portare a termine una gravidanza, riacquista centralità» (enfasi aggiunta).

⁷⁸ Hanno denunciato, ad es., politiche di esclusione epistemica di questo tipo O. GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, 2015, 63 ripresa da A. CONDELLO, *Letizia Gianformaggio e l'eguaglianza giuridica*, in A. SIMONE, I. BOIANO, A. CONDELLO, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Milano 2019, 108 («Orsetta Giolo ha notato come, in Italia, il femminismo sia stato considerato da molti come un movimento politico, anziché come una posizione giuridica: questo giustifica forse la scarsa attenzione ricevuta finora dal femminismo giuridico, che è stato arginato a mera componente "radicale di una riflessione generalmente circoscritta esclusivamente al settore c.d. del diritto antidiscriminatorio"») nonché E. CATELANI, *Eguaglianza e differenza: una dicotomia o due valori complementari?*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Napoli 2022, 78-79, che segnala come gli studi di genere «in Italia sono stati considerati di nicchia e privi di un valore scientifico in senso proprio», o ancora, B. PEZZINI, *Il conflitto di genere nel costituzionalismo*, *ivi*, 241, che parla di ritardo del dibattito costituzionalistico ad affrontare un discorso «che solo in questi ultimi anni sembra conquistare lo spazio di una crescente attenzione». Molto significativamente, per il contesto in cui è avvenuto, ha promosso un approccio femminista allo studio della teoria della forma di governo valorizzandone il «formante patriarcale» (e qualificandolo, in linea con quanto detto, come un tema «che risulta ancora poco sviluppato») I. RUGGIU, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea*, relazione al Convegno annuale AIC 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, in https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2023_Brescia/Ilenia_Ruggiu.pdf, 16 ss.

⁷⁹ Solo incidentalmente, le politiche epistemiche di esclusione che influenzano la produzione del sapere costituzionalistico non sono solo quelle connotate in termini di genere. Alla stessa stregua può forse considerarsi l'idea abbastanza diffusa che «del metodo giuridico si reputa ordinariamente [siano] veramente in grado di occuparsi solo gli studiosi che hanno conseguito non solo una piena maturità scientifica, ma anche un'esperienza di ricerca talmente consolidata (quasi di un'intera vita: si sarebbe portati a dire) da poter esprimere coi fatti [...] come effettivamente essi intendano la questione» (A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris* (Notarella sul metodo "relazionista" nel diritto costituzionale), in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997, 157), che, se non a ragione, spero almeno coerentemente con quanto sostenuto, ho finito per mettere in discussione.

sapere politicizzato. Essa, difatti, è mossa da una comunità che non può vantare alcuna legittimazione democratico-elettorale e la cui legittimazione scientifica – almeno se concepita in termini di razionalità discorsiva, come mi pare faccia il pensiero metodologico attualmente dominante – può essere, specialmente su certi temi, ragionevolmente messa in discussione in relazione al grado di inclusività del suo discorso.

In base a questa stessa logica, poi, una critica analoga potrebbe più in generale essere mossa anche nei confronti dei risultati raggiunti su “questioni aperte” del contesto italiano, specialmente se tali risultati risalgono a contesti epistemici ancora più escludenti di quello odierno, come ad esempio, di nuovo, in materia di diritto di abortire⁸⁰. Con questo non voglio ovviamente negare in radice la validità di tali soluzioni, ma solo sottolineare che esistono tuttora margini per la loro ridiscussione e, soprattutto, buone ragioni teoriche per non considerarle ancora “questioni chiuse”.

8. *Sintesi delle conclusioni.* – Ho aperto questo scritto presentando alcuni punti fermi del dibattito italiano su *Dobbs* e ho cercato di concentrare la mia analisi sugli aspetti che mi sembravano più criticabili o meno indagati. Per chiarezza, anche in considerazione della mole di letteratura sul tema ormai davvero ampissima, vale forse la pena riassumerli sinteticamente in conclusione.

Sul piano del merito, anzitutto, ho cercato di argomentare contro l'idea che l'opinione concorrente di Roberts e quella di minoranza possano davvero considerarsi meno ideologiche di quella di maggioranza. Quest'ultima è difatti chiaramente reazionaria e segna un radicale mutamento di rotta nella giurisprudenza costituzionale statunitense, ma anche le prime due possono a buona ragione considerarsi espressioni, rispettivamente, di un approccio conservatore e progressista al diritto e alla giustizia costituzionale. Per condurre l'analisi che porta a queste conclusioni mi sono servito delle categorie descrittive di “costituzionalismo conservatore” e “costituzionalismo progressista” sviluppate da Robin West per e nel contesto statunitense. Esse, difatti, riescono a mettere meglio in luce la natura essenzialmente politica (nel senso di dipendente, in ultima analisi, da un'inclinazione ideologica verso l'idea di autorità sociale) della decisione presa dalla Corte Suprema rispetto ad analisi condotte valorizzando il ricorso da parte dei giudici a teorie giuridiche come l'originalismo e il costituzionalismo *living*. Queste ultime, potendo essere utilizzate per perseguire politiche giudiziarie differenti, tendono difatti a creare invece confusione e fraintendimenti.

⁸⁰ Sulle soluzioni raggiunte nel contesto italiano in materia di diritto di abortire v. *supra* note nn. 6-8. Per una critica femminista intersezionale dell'impostazione consolidatasi sulla libertà riproduttiva delle donne v. però già, ad es., L. RONCHETTI, *Costituzionalismo e pensiero femminista: approcci critici da intrecciare*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Napoli 2022, 140-146.

Proprio per la natura sostanzialmente politica della scelta tra le tre alternative (reazionaria, conservatrice e progressista, termini che ho utilizzato sempre in senso solo descrittivo e senza giudizi di valore), *Dobbs* mi è sembrata poter rilevare, soprattutto, per il dibattito metodologico. Questa sentenza pone infatti in maniera molto più evidente di altre la questione della legittimazione della scienza costituzionale a criticare le scelte di politica costituzionale compiute dai giudici su “questioni aperte”.

Ho allora provato a ragionare su questo problema partendo dal presupposto che il dibattito costituzionalistico sembra attualmente dominato da una concezione della propria legittimazione scientifica in termini riconducibili a quelli della razionalità discorsiva. Entro un paradigma di questo tipo, ho quindi sostenuto che il rafforzamento della legittimazione scientifica della critica alle politiche dei giudici costituzionali può passare per l’innesto, nel contesto della discussione metodologica, di pratiche di autoriflessione collettiva sugli ostacoli di fatto che tuttora impediscono l’eguale partecipazione ai processi di formazione del sapere costituzionalistico. Questo vale, in particolare, per la critica all’antiegalitarismo di *Dobbs* dato che ancora esistono politiche epistemiche escludenti denunciate in letteratura dalle studiose e da chi adotta approcci femministi alla teorizzazione costituzionale. Ma dovrebbe valere a maggior ragione, e più in generale, anche per il discorso costituzionale italiano sul diritto di abortire (e su altre “questioni aperte”), i cui termini fondamentali sono stati impostati in contesti epistemici passati ancora meno inclusivi di quello attuale e di cui sarebbe dunque necessario procedere a una progressiva decostruzione così come ho cercato di fare, in questo scritto, con *Dobbs*.

Queste conclusioni potrebbero apparire politiche a chi aderisce a posizioni epistemologiche fortemente oggettiviste e ingenua a chi è orientato, invece, verso epistemologie fortemente relativiste. Spero però risultino conclusioni epistemologicamente legittime, ancorché discutibili nel loro contenuto, per tutti coloro che si pongono, invece, in una qualche posizione intermedia tra questi due estremi, come mi sembra faccia oggi la maggioranza di chi si occupa di scienza costituzionale, che tende a non ritenere logicamente contraddittorio che ci possano essere più soluzioni percorribili e ugualmente legittime per affrontare le “questioni aperte” e, al tempo stesso, che una critica scientifica delle politiche giudiziarie su tali questioni sia fondabile discorsivamente.