

## Il (non)costituzionalismo del bene comune: con Dworkin, ma contro Dworkin.

di

Andrea Romeo\*

**Sommario:** 1. Un'occasione per riflettere: cosa c'entra la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health* con il *Common Good Constitutionalism*? – 2. Alla ricerca del bene comune: risvolti costituzionali di una tradizione classica – 3. Una moralità legislativa – 4. I diritti soggettivi non sono *trumps* – 5. Chi è il custode del bene comune? – 6. Quale posto per la Democrazia? – 7. Brevi considerazioni finali: un costituzionalismo con la c piccola.

### 1. Un'occasione per riflettere: cosa c'entra la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health* con il *Common Good Constitutionalism*?

La ormai storica *Dobbs v. Jackson Women's Health* del 2022<sup>1</sup>, ribaltando la *Roe v. Wade* – ossia la storica pronuncia del 1973 che sulla scorta di una certa lettura del XIV emendamento della Costituzione americana aveva riconosciuto il diritto costituzionale all'aborto<sup>2</sup> – non soltanto ha rimesso il tema dell'aborto al centro del dibattito – nel quale nondimeno non aveva mai assunto posizioni davvero periferiche – ma pure dato la stura a nuove costellazioni di polemiche teoriche e rinfocolato vecchie discussioni. Per ricordarne qualcuna si pensi al dibattito sul modello corretto per l'interpretazione, e applicazione, delle norme costituzionali; ovvero, ancora, al dibattito sulla scelta del paradigma di *judicial review* da seguire –

---

\* Ricercatore di filosofia del diritto presso l'università "Magna Graecia" di Catanzaro.

<sup>1</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health*, No. 19-1392 (2022).

<sup>2</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Principi poi riformulati nella successiva ed altrettanto storica *Planned Parenthood o Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Per una analisi si veda, tra gli altri, S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, 2012.

se sia preferibile, cioè, un sistema di revisione costituzionale “strong”, che preveda ampi margini di intervento ermeneutico e manipolativo al giudice costituzionale, ovvero uno più “weak”, deferente della decisione democratica<sup>3</sup>. Curiosamente, e forse anche paradossalmente, un zelatore del modello debole di sindacato di costituzionalità, Jeremy Waldron, s’è precipitato a criticare la motivazione *debole* dell’*opinion of the Court* del giudice Alito, l’estensore della motivazione – *debole* perché avrebbe rimesso in discussione quanto stabilito dalla assai *forte* *Roe vs Wade*, negando l’esistenza d’un diritto soggettivo costituzionale all’aborto e rimettendo il riconoscimento di un tale diritto alla determinazione dei parlamenti dei singoli Stati<sup>4</sup>. Ora, nonostante il rispetto dell’autorità politica delle assemblee democratiche sia un *topos* dei fautori del modello debole di sindacato di costituzionalità, Waldron ha criticato con fermezza la *Dobbs* per il suo approdo discutibile, che dimostrerebbe la non affidabilità delle decisioni politiche fondamentali ad un collegio giudiziario<sup>5</sup>. (In sostanza, per Waldron – che in modo un po’ acrobatico difende il merito ma non il metodo della *Roe* – la Costituzione impone che le donne siano protette nel controllo delle proprie capacità riproduttive, almeno fino alla vitalità fetale, e richiede anche il più attento esame delle restrizioni imposte dopo tale periodo<sup>6</sup>. Ma nella *Dobbs* questa linea argomentativa è del tutto rovesciata).

Ora, in un passaggio di quella sentenza, che pare più tradizionalista che propriamente originalista<sup>7</sup>, si legge che la *Due Process Clause* proteggerebbe

---

<sup>3</sup> J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 22-39*, 2022, pp. 1-31.

<sup>4</sup> Soluzione istituzionale, questa, criticata già da Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Law’s empire*, Fontana, 1986, p. 186.

<sup>5</sup> J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, cit., p. 5. In merito, si veda pure ID., *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford J. Legal Studies*, 13, 18, 1993, pp. 18-51. Per una replica cfr. A.R. YACOUB, *Changing the Selection Mechanism of US Supreme Court Justices: A Reply to Waldron’s Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4295280> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4295280>.

<sup>6</sup> Ivi, p. 14.

<sup>7</sup> Si vedano in proposito M. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising* (August 31, 2022), in *Journal of Contemporary Legal issues (Forthcoming)*, liberamente disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4205351> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4205351>; e L.B. SOLUM, R.E. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118,1, 2023, pp. 1-56. In merito ai diversi modi di declinare l’approccio originalista si vedano, tra gli altri, anche L. ALEXANDER, *Simple-Minded*

sostanzialmente due categorie di diritti: (i) quelli testuali, “espressamente” riconosciuti dalla Costituzione dai primi otto emendamenti, e (ii) quelli «che non sono menzionati da nessuna parte nella Costituzione», la cui origine sarebbe dunque interpretativa<sup>8</sup>. Per verificare se un diritto fondamentale rientri, o no, in questa seconda categoria senza fonte testuale occorre che siano soddisfatti due criteri: (i) uno di *pedigree* storico, ossia che il diritto sia «profondamente radicato nella storia e tradizione»<sup>9</sup>, e l’altro (ii) di tipo funzionale: dimostrare che esso giochi un ruolo essenziale per la concretizzazione di uno «scheme of ordered liberty» della Nazione<sup>10</sup>. Per la Corte suprema, insomma, indagini storiche di questo tipo sarebbero essenziali ogniqualvolta al giudice costituzionale si chiede di accertare che una possibile specificazione delle “libertà” – termine connotato da una notevole testura aperta – sia davvero protetta dalla *Due Process Clause*<sup>11</sup>. E così, «[g]uidata dalla storia e dalla tradizione che mappano le componenti essenziali del concetto di libertà ordinata della Nazione, la Corte ritiene che il Quattordicesimo Emendamento chiaramente non tuteli il diritto all’aborto»<sup>12</sup>. Ovviamente l’argomentazione della *Roe*, com’è noto, faceva riferimento al fatto che il diritto d’aborto fosse una estrinsecazione del diritto di *privacy*, inteso come diritto di poter

---

*Originalism*, in G. Huscroft, B.W. Miller (a cura di) *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press, 2011. Per un dibattito cfr. *Symposium Essays On Originalism*, in *The Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 3, 2008, pp. 861-1207.

<sup>8</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, slip-op., cit., pp. 11-12.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.* Per un’analisi del tradizionalismo ermeneutico cfr. K.T. BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journal*, 62, 2012, pp. 535-578; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritticomparati.it*, 14 luglio 2022; S. SCHEFFLER, *Equality and Tradition. Questions of Value in Moral and Political Theory*, OUP, 2010; C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of *Bolling v. Sharpe**, in *Harvard Public Law*, Working Paper No. 22-30, su: <https://ssrn.com/abstract=4192758> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4192758>; M.P. O’ SHEA, *The Concrete Second Amendment: Traditionalist Interpretation and the Right to Keep and Bear Arms*, in *Tex. Rev. L. & Pol.*, 26, 2021, pp. 103-157; 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, pp. 393 ss.

<sup>11</sup> *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, slip op., cit., p. 14. Si veda in merito KT BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journal*, 62, 2012, pp. 535-578.

<sup>12</sup> *Ibid.*, trad. mia.

autonomamente prendere le scelte intime e personali «centrali per la dignità e l'autonomia della persona»<sup>13</sup>. Nondimeno, per superare questa lettura, la *Dobbs* tira fuori dal cilindro la tensione tra la massimizzazione della libertà personale e l'idea dello schema di *ordered liberty*, che pone limiti e definisce il confine tra interessi in competizione. Per i giudici della *Dobbs* (ma si legga soprattutto Alito) il riferimento ad un più generale e ampio diritto costituzionale di *privacy* e di poter definire il proprio “concetto di esistenza” sarebbe un ragionamento viziato da generalizzazione indebita, seguendo il quale si potrebbe sfruttare la testura aperta dei diritti fondamentali di libertà soggettiva per rendere lecito l'uso di droghe o la prostituzione. E dopo aver snocciolato un complesso – e anodino – percorso logico per illustrare le ragioni di un così forte *overruling*<sup>14</sup>, emerge infine la questione “morale” dell'aborto, che le precedenti sentenze avevano sottratto, in modo arrogante, ai cittadini e alle istituzioni democratiche<sup>15</sup>.  
Analizzando la decisione – che invero meriterebbe una ben più profonda analisi<sup>16</sup>–, emerge che il modello interpretativo proposto, anche nel costruire il ragionamento

---

<sup>13</sup> Si veda *Casey*, 505 U. S., p. 851.

<sup>14</sup> 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, pp. 23-36. Fr pure. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro Italiano*, 147, 9, 2022, pp. 432-442; C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, Harvard Public Law Working Paper No. 22-14, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4145922>. Sull'interpretazione tradizionalista della *Due Process Clause* si veda C.R. SUNSTEIN, *Due Process Traditionalism*, in *Mich. L. Rev.*, 106, 2008, pp 1543-1570.

<sup>15</sup> Ivi, p. 79. Si vedano in proposito le attente riflessioni di M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2023, “Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo”, n. spec. a cura su L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, pp. 73-86.

<sup>16</sup> In proposito si vedano, tra gli altri e nel solco d'un dibattito assai ricco di contributi: B. ANDREWS, *No Choice. The Fall of Roe v. Wade and the Fight to Protect the Right to Abortion*, PublicAffairs, London, 2022; V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion laws and private enforcements*, in *DPCE*, 56, 1, 2023; J.L. GROSSMAN, *The End of Roe v. Wade*, in *Verdict. Legal Analysis and Commentary from Justia*, 29 giugno 2022, su <https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>; S. KAMIN, *Katz and Dobbs: Imagining the Fourth Amendment without a Right to Privacy* (July 8, 2022), pp. 1-20, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4156992> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4156992>; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 16, 3, 2022, pp. 659-673; G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 15, num. spec. a cura su L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, “Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo”, 2023, pp.

che supporta l'*overruling* dei precedenti, è più storicista che propriamente originalista<sup>17</sup>. Nondimeno pare anche ammiccare indirettamente ad una recente (ma stantia) proposta teorica, definita *Common-Good Constitutionalism*, e avanzata soprattutto da Adrian Vermeule<sup>18</sup>. Non è un caso che lo stesso Vermeule, pur comunque criticando alcuni passaggi originalisti del ragionamento di Alito (ma non quelli tradizionalisti), in un post sul blog *Ius & Iustitium* abbia celebrato trionfalmente la decisione<sup>19</sup>, proponendone anche una rilettura alla luce del CGC. Per il costituzionalista neoconservatore quella decisione andrebbe infatti letta oltre uno stretto originalismo e testualismo positivista, di modo da distillarne il principio normativo guida che dovrebbe condurre gli *official* a massimizzare la protezione della vita, precludendo «the intentional killing of the unborn»<sup>20</sup>. L'argomento è frusto, ma semplice: «sebbene il diritto classicamente lasci ampio

---

165-178; 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, parte I, pp. 32-50; R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Path-ways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, (forthcoming 2023), su [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4179622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179622); 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, pp. 1-68.

<sup>17</sup> In merito, parla di «originalism's victory» J.J. ALICEA, *Originalist Victory*, in *City Journal*, 22 June 2022, <https://www.city-journal.org/article/an-originalist-victory>. Vedono, nella decisione Dobbs, una perfetta applicazione della metodologia originalista, tra gli altri, C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Bio law Journal*, 15, 1, 2023, pp. 87-103. Si veda pure, sul punto, E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2022, pp. 181-195. Si vedano anche, senza pretesa d'eshaustività, S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, p. 1609 ss. E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2022, p. 196 ss.; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, pp. 73-87; R. JOHNSON, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, in *The Political Quarterly*, n. 4, 2022, vol. XCIII, pp. 611-619.

<sup>18</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, 2022. Vedi pure C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, in *HARV. J.L. & PUB. POL'Y*, 45, 2022, pp. 103-146.

<sup>19</sup> Si legga quanto scritto su A. VERMEULE, *How to read Dobbs*, 25 giugno 2022, <https://iustitium.com/how-to-read-dobbs/>: «Dobbs should, first of all, be celebrated – loudly, and without feeble misgivings about the disappointment of the supporters of abortion rights. It partially (and I stress partially) cured a kind of wound in our constitutional law that had festered over time, infecting and distorting not only substantive constitutional law, but also adjacent and ancillary bodies of law such as standing, procedure and remedies».

<sup>20</sup> *Ibid.*

spazio alle autorità pubbliche per inferire ragionevoli determinazioni dei principi fondamentali del diritto naturale, e impone ai tribunali di rimettersi a tali ragionevoli determinazioni, il diritto positivo dovrebbe sempre comunque essere interpretato alla luce dei limiti posti dai principi fondamentali del diritto naturale, che le autorità pubbliche sono deputate ad attuare». Ed allora, assumendo toni sempre più marcatamente finnisiani, «la soppressione intenzionale della vita innocente è un male intrinseco, e quindi necessariamente contrario alla ragione naturale»<sup>21</sup>. La *Dobbs*, sul punto, sarebbe a tratti ambigua e per certi versi pavida, perché solleverebbe il problema morale dell'aborto demandandolo ai parlamenti nazionali, senza nondimeno offrire indicazioni ermeneutiche al riguardo<sup>22</sup>.

Certo, si potrebbero ignorare le opinioni ultraconservatrici di Vermeule, con il suo continuo flirtare teorico con Finnis, bollandole come affermazioni di mera partigianeria politica, poco utili per una riflessione teorica sui diritti. Nondimeno, il CGC vanta, o almeno promette, un quadro teorico di fondo che, al di là della idiosincrasia che può suscitare nel discorso moderno sui diritti, necessita di essere quantomeno delucidato per poter capire, in qualche modo, di cosa si tratti.

## 2. Alla ricerca del bene comune: risvolti costituzionali di una tradizione classica.

La concezione del CGC ha suscitato un dibattito più polemico che acceso<sup>23</sup>. Per comprendere ed inquadrare le ragioni di quella che appare una sorta di

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, trad mia.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Cfr. W. BAUDE, S.E. SACHS, *The "Common-Good" Manifesto*, in *Harvard Law Review*, 136, 3, 2023, pp. 862-906, secondo i quali, pur non chiarendo mai cosa sia davvero il bene comune, Vermeule presenterebbe «a new constitutional manifesto». (Ivi, p. 863). Cfr, in senso critico, J.J. ALICEA, *The Moral Authority of Original Meaning*, in *Notre Dame L. Rev.*, 98,1 2022, pp-1-60; J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism: A Critique of Professor Vermeule's New Theory*, in *Notre Dame L. Rev.*, 98, 2022, pp. 403-463; W. H. PRYOR Jr., *Against Living Common Goodism*, in *Federalist Soc'Y Rev.*, 23, 2022, pp. 24-40; G.C. GREEN *Problems With Vermeule, Common Good Constitutionalism* (March 2022), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4075031> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4075031>; S.D. SMITH, *The*

idiosincrasia accademica è utile cercare di ricostruire i tratti salienti di questa proposta concettuale. L'idea di fondo di questo costituzionalismo – che a conti fatti è una forma di costituzionalismo politico, seppur particolare<sup>24</sup> – è che l'interpretazione della legge fondamentale, nel suo darsi come ordine materiale, andrebbe nuovamente informata ai principi della tradizione classica del giusnaturalismo, tesi a dirigere la società in generale verso il raggiungimento di un bene comune<sup>25</sup>. Del resto, la necessità di adottare un diverso modo di interpretare la Costituzione – spiega Vermeule – sarebbe emersa chiaramente durante l'emergenza pandemica<sup>26</sup>. Ora, il bene comune di cui discetta Vermeule, è una concezione moralista oggettivista, con celati ammiccamenti cattolici, in base alla quale il metodo del neutro proceduralismo andrebbe rimpiazzato da una concezione sostantiva, un bene comune appunto, alla cui realizzazione deve tendere il diritto e, necessariamente, l'interpretazione della Costituzione. Una volta determinati alcuni principi morali sostanziali, quali specificazioni normative del bene comune, i giudici (ma non solo questi) dovranno attenersi a tali criteri normativi per risolvere il problema della vaghezza semantica di alcune disposizioni normative. Per Vermeule tale teoria va intesa come uno sviluppo delle idee dworkiniane, e segnatamente del suggerimento di procedere ad interpretazioni morali della Costituzione. Rispetto all'*integrity* dworkiniana, però, di cui ne scimmiotta la metodologia ma non il senso – come vedremo più in avanti – il CGC assume, però, valori e obblighi morali assai diversi. Tra questi, campeggia l'idea centrale che la libertà non sia un valore in sé, ma vada protetta solo se in sintonia con lo sviluppo del bene comune. Ed è proprio sul concetto di libertà che si intravede qualche punto di contatto con quell'anfibolico ed ermetico «scheme of

---

*Constitution, The Leviathan, and the Common Good*, in *Const. Comment.*, 38, 2023 su <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=4098880> [<https://perma.cc/JHN2-NBZW>].

<sup>24</sup> Si veda in proposito M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 10, 2010, pp. 337-360. Cfr., tra gli altri e senza pretesa di esaustività, R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, CUP, 2007. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, 2005; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, 2009.

<sup>25</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 22, e 94, 96, 99, 109, 111 e 116.

<sup>26</sup> Ivi, p. 23.

ordered liberty» richiamato dalla *Dobbs* per accertare che il diritto di aborto non è parte del retaggio culturale-giuridico (e forse morale) delle società statunitensi.

La tradizione costituzionale del bene comune ha due avversari storici: la concezione progressista, che tenterebbe di tradurre in termini operativi l'agenda politica liberale massimizzando, oltre misura, l'autonomia individuale, e l'originalismo testualista, declinato nella sua variante più positivista. Quest'ultimo, nondimeno, avrebbe da tempo mostrato i propri limiti ermeneutici, non potendo evitare interpretazioni contestuali allorchè si diano norme costituzionali *open texture*. Il compiaciuto positivismo della concezione originalista – per come la ricostruisce Vermeule – sarebbe allora soltanto illusorio. E questa sostanza evanescente lo accomunerebbe, sul piano effettivo almeno, al progressivismo liberale; entrambe al contraltare della concezione del bene comune<sup>27</sup>. Ciò non vuole dire che progressivismo e originalismo siano però privi di meriti: il primo, però, esaspera l'idea che il diritto debba evolversi tramite interpretazione adeguatrice del contenuto materiale dei principi costituzionali<sup>28</sup>; il secondo, invece, limiterebbe l'interpretazione in modo asfittico, senza proporre alcun adeguamento al senso generale del diritto<sup>29</sup>. Il modello "classico" del CGC passerebbe olímpicamente sopra questi problemi, essendo – si sostiene senza però argomentarlo più di tanto – «positive law without jurisprudential Positivism», diritto positivo senza la teoria del positivismo<sup>30</sup>.

La proposta ermeneutica, qui, non è quella di partire dal significato "originale" del testo normativo, piuttosto quella di interpretare l'ordinamento costituzionale materiale alla luce dello *ius*, ossia alla luce dei principi di moralità politica coesenziali al diritto<sup>31</sup>. Principi oggettivi, questi, che devono essere semplicemente "trovati" e non certo "creati" convenzionalmente. Ciò non significa che il diritto naturale debba sostituirsi compiutamente al diritto positivo, piuttosto esso servirebbe: sia a costruire il significato del diritto positivo, sia a giustificare le

---

<sup>27</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., pp. 15-16, e 91 e ss.

<sup>28</sup> Ivi, Capitolo IV, pp. 118 e ss.

<sup>29</sup> Ivi, p. 18 e 93.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Ivi, p. 19.

azioni dell'autorità politica intraprese in vista del bene comune<sup>32</sup>. Ovviamente, Vermeule è consapevole che le specificazioni concrete del bene pubblico degli attori politici possono essere fomite di disaccordo; ciò, però, non sarebbe troppo d'ostacolo alla concretizzazione del bene comune, atteso che anche nel discorso di diritto positivo, per la testura aperta di molte disposizioni, si produce costantemente disaccordo ermeneutico.

Rimane nondimeno un po' ermetico cosa sia concretamente questo bene comune, e come possa tradursi in termini operativi<sup>33</sup>. Per darne una immagine più delineata, Vermeule utilizza la tecnica degli *antonimi*, intraprendendo la via della definizione negativa. In tal senso, il bene comune sarebbe il contrario del *bene aggregato*, giacché non sarebbe dato dalla somma di utilità private: si pensi allo sport dove la vittoria di squadra non è il risultato della sommatoria delle vittorie dei singoli giocatori<sup>34</sup>. Il bene comune, da tale prospettiva, appare un bene unitario, ch'è suscettibile di essere condiviso senza subire corrispondenti diminuzioni<sup>35</sup>. Sarebbe poi antonimo della *tirannia*, quest'ultima intesa come il governare per meri scopi privati. Va però sottolineato che anche l'oligarchia e persino la democrazia, nel loro darsi concreto, potrebbero risultare regimi parziali e quindi non protesi al bene comune (il quale ultimo, lo si vedrà, non ha una speciale predisposizione per la democrazia)<sup>36</sup>. Del resto, altro antonimo del CGC è quello che Bartolo di Sassoferrato appellava "*governo mostruoso*", ossia un sistema di governo dove si dà confusione tra funzioni pubbliche e private.

Volgendo ora alla caratterizzazione positiva, il bene comune vermeuleano è proteso alla fioritura e alla felicità della comunità attraverso la promozione d'una

---

<sup>32</sup> *Ibid.*.

<sup>33</sup> Si tratta d'una delle critiche più ricorrenti alla proposta di Vermeule. Cfr. per esempio S.S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 7.

<sup>34</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27. Si tratta d'una concezione diametralmente opposta a quella di Murphy, che difende una concezione aggregativa, non utilitarista, del bene comune. Cfr. M.C. MURPHY, *The Common Good*, in *Review of Metaphysics*, 59,1, 2005, pp. 133-164.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 28.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 29

una «well-ordered life in the polis»<sup>37</sup>. Ma la felicità di Vermeule non è affatto la felicità individuale del singolo attore politico, e neppure quella comunitaria delle famiglie, ma è una locuzione che denota le condizioni pubbliche per la coltivazione di felicità private<sup>38</sup>. L'«human flourishing» si fonda sul presupposto trascendentale «che vi sono oggettivamente fini e beni costitutivi dell'umana *eudaimonia* o *felicitas*».<sup>39</sup> In questo continuo rimando della comunità ai singoli e dei singoli alla comunità si intravede, però, il germe d'una certa circolarità che rende assai anodino il concetto archimedeo su cui poggia l'edificio di Vermeule<sup>40</sup>.

### 3. Una moralità legislativa

Nondimeno, è nel rapporto con il diritto che il *Common Good* vermeuleano esprimerebbe appieno la sua fenomenologia; ne sarebbero chiare epifanie le idee di *bonum commune*, di *utilitas rei publicae* o il concetto di interesse pubblico che si ritrova nei moderni testi costituzionali<sup>41</sup>. Ma l'espressione forse più paradigmatica è la massima di Ulpiano: “*Turis praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, che per Vermeule avrebbe influenzato l'interpretazione e addirittura il rinvenimento ermeneutico di molti dei principi utilizzati nella prassi della giurisprudenza americana<sup>42</sup>. Riprendendo il pensiero del suo nume tutelare Finnis, altrove Vermeule afferma che il «focal sense» del

---

<sup>37</sup> Ivi, p. 28. Per una disamina dell'odierno *revival* dell'uso del concetto di fioritura umana nella teoria costituzionale si veda R. WALSH, *Property, Human Flourishing and St. Thomas Aquinas: Assessing a Contemporary Revival*, in *Canadian J.L. & Juris*, 31, 2018, pp. 197 e ss.

<sup>38</sup> *Ibid.* Si veda pure A. VERMEULE, *Echoes of the Ius Commune*, in *AM. J. JURIS.*, 66, 1, 2021, pp. 85-95.

<sup>39</sup> C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 114, trad. mia.

<sup>40</sup> Su questo aspetto Smith fa osservare: «[...] sembra esserci una sorta di frustrante circolarità qui, poiché il luogo del bene o del valore si sposta dagli individui alla comunità, ma poi torna agli individui. Questa apparente circolarità è un segno di incoerenza? Non ne sono sicuro, ma l'idea è almeno sfuggente». S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8, trad. mia

<sup>41</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27.

<sup>42</sup> *Ibidem.*

diritto va colto nell'essere quest'ultimo «razionalmente ordinato al bene comune della comunità politica»<sup>43</sup>. Il che è trasparente ad affermare che esso deve assicurare i beni fondamentali per la fioritura umana, ossia (e sempre molto finissimamente) «la vita e gli aspetti componenti della sua pienezza: la salute; integrità fisica e il vigore; la sicurezza; la creazione e l'educazione alla nuova vita; l'amicizia nelle sue varie forme che vanno dal buon vicinato al suo senso più ricco nel matrimonio; e il vivere in un sistema politico ben ordinato, pacifico e giusto»<sup>44</sup>. La possibilità di avere il pieno godimento di tali beni consentirebbe «il completamento o il compimento della nostra natura di animali razionali»<sup>45</sup>.

In questo senso, almeno dal punto di vista del giurista, il CGC può essere sintetizzato come: «(i) le condizioni strutturali politiche economiche e sociali che consentono alle comunità di vivere in accordo ai precetti della giustizia legale, con l'aggiunta (ii) che tutte le azioni ufficiali devono essere ordinate a far sì che la comunità si attenga a tali precetti, e con la consapevolezza (iii) che il bene comune non rappresenta la somma di beni individuali, ma è un bene indivisibile di una comunità orientata alla giustizia, appartenente congiuntamente a tutti, e separatamente a ciascuno»<sup>46</sup>. Le condizioni che consentono alla comunità di vivere in accordo all'idea di giustizia permetterebbero allora di definire i fini legittimi di un governo civile. Ma quali sono queste condizioni?

Il nerbo centrale del discorso di Vermeule è dato dalla «ragion di Stato», di boteriana memoria, in base alla quale si sostiene il certo non nuovo teorema secondo cui l'interesse fondamentale dell'autorità politica sarebbe, appunto, quello di promuovere un *bonum commune* finalizzato alla «fioritura di tutte le persone»<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 105.

<sup>44</sup> Ivi, p. 115

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27. Anche qui si dà una tagliente critica di Smith, che si chiede retoricamente: «davvero la ricchezza o la prosperità materiale è qualcosa che “appartiene[i] congiuntamente a tutti e separatamente a ciascuno” e che può essere condiviso da tutti senza che la porzione di nessuno diminuisca?». S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8, trad. mia

<sup>47</sup> Ivi, p. 31. Altrove si legge che tale ragion di stato richiede forme di coordinamento autoritario delle persone, delle famiglie e delle associazioni, per far sì che essa sia perseguita in

Ne è un paradigma il *British North American Act*, del 1867, che parla di: *pace, ordine, e buon governo*, ma invero clausole del genere spuntano frequentemente in molti trattati e testi costituzionali: Vermeule ricorda, tra questi, l'art. 9 della Cedu, per il quale, com'è noto, la libertà religiosa può essere oggetto di quelle sole restrizioni necessarie per la protezione dell'*ordine pubblico*, della salute o della *morale pubblica*, oltre che per la protezione dei diritti e della libertà altrui. Da queste clausole generali di restrizione trasparirebbe la tendenziale ancillarità della libertà individuale rispetto all'ordine pubblico espressivo del bene comune<sup>48</sup>. Vermeule, nondimeno, tiene a specificare che il "classico" e archimedeo tritico di "giustizia pace e ricchezza" rappresenta, a conti fatti, più un quadro generale che un progetto puntuale: non è una fonte pratica che possa fornire delle risposte puntuali in merito a quale sia il livello opportuno da attuare nella protezione o nel riconoscimento d'un certo diritto soggettivo. Questo è un passaggio centrale: pensare di ottenere delle specifiche risposte a tali questioni controverse muovendo solo dal livello della descrizione analitica del bene comune sarebbe un frusto errore metodologico, seppur comune<sup>49</sup>. Piuttosto, la prima operazione da compiere è quella di specificare teleologicamente quali siano i fini del costituzionalismo, accertando l'esistenza di valori finalizzati alla fioritura della comunità politica, e soltanto successivamente applicare questi fini generali a dei casi particolari, con le lenti della teoria del diritto, attraverso ulteriori specificazioni contestualizzate del bene pubblico<sup>50</sup>.

Si giunge a questo punto ad uno sforzo definitorio di ciò che si intende per *costituzionalismo del bene comune*. Questo è concepito come una forma di costituzionalismo, essenzialmente politico, che promana dalla tradizione classica di diritto naturale, che non è schiavo del significato testuale originario, come invece sostengono gli originalisti positivisti, e che al contempo rigetta la narrazione

---

modo efficace e armonioso, e non in modo caotico e disordinato». C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 116, trad. mia

<sup>48</sup> Ivi, p. 32. In senso critico vedi J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 421.

<sup>49</sup> Ivi, p. 36.

<sup>50</sup> *Ibid.*

progressista che celebra l'espansione senza fine dell'autonomia individuale<sup>51</sup>. Assumere il prisma del costituzionalismo del *Common Good* significa interpretare le clausole costituzionali di modo da consentire alle autorità pubbliche di promuovere fattivamente lo sviluppo della comunità politica e il classico trittico di pace giustizia e ricchezza, nei più moderni corollari e nelle declinazioni equivalenti, tra le quali la sicurezza sociale, la protezione della salute da forme pandemiche, dai disastri naturali, dai cambiamenti climatici<sup>52</sup>. La scienza e la giurisprudenza costituzionale, nondimeno, non sarebbero affatto estromesse da questa intrapresa, anzi debbono prendervi parte con un *labor limae* di principi sussidiari che aiutino le autorità politiche pubbliche ad indirizzare le persone e la società in direzione del bene comune<sup>53</sup>.

Ma il tratto forse saliente del costituzionalismo del bene comune è che esso implica l'idea d'una moralità legislativa, e non solo nel senso che le leggi debbono necessariamente basarsi su una qualche concezione morale sostanziale ma anche che queste mirino ad un perfezionismo etico sociale, essendo la promozione della virtù pubblica una funzione non solo legittima ma addirittura ontologica/praxeologica dell'autorità politica<sup>54</sup>. Lungi dall'essere un *forum* libero di ricerca della verità, l'ambito istituzionale costituzionale deve coltivare alacramente la propensione dei cittadini verso una qualche verità pubblica<sup>55</sup>. Ne consegue che l'apologia liberale della neutralità pubblica, in ragione d'un pluralismo rawlsiano di visioni omnicomprensive, è per Vermeule nulla di più che un altro vagheggiamento teorico, facilmente confutabile sul piano operativo concreto e distonico con il principio metalegislativo di promozione del bene comune. A ben vedere, ogni misura governativa risulterebbe fondata su una certa visione del CG: «tutte le sentenze costituzionali di stampo liberale e *libertarian*, che affermano di espungere la moralità come base per l'azione pubblica» – afferma Vermeule –

---

<sup>51</sup> *Ibid.*.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 37.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.* Cfr. pure G. DUKE, *Political Authority and the Common Good*, in *Political Studies*, 65, 4, 2017, pp. 877–892.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 37.

«sono incoerenti e addirittura fraudolente, giacché comunque si fondano su una particolare nozione di moralità»<sup>56</sup>. Il CGC intende il diritto come uno strumento di costruzione dell'identità morale dei cittadini, incoraggiando questi ultimi verso quei desideri, costumi e credenze che meglio possono promuovere il benessere comune<sup>57</sup>. L'antropologia proposta qui concepisce l'individuo, à la John Mackie, come una sorta di istituzione morale<sup>58</sup>, per cui la percezione soggettiva del giusto e del buono può essere il frutto di un processo programmato di costruzione di senso, guidato essenzialmente dal diritto, che può appunto riformarlo mediante l'imposizione di comportamenti abituali, in un più generale programma perfezionistico. Scandalizzarsi, allora, per forme malcelate di paternalismo sarebbe solo esercizio di farisaismo liberale, goffamente miope dinanzi alla fenomenologia delle prassi in cui il diritto assume costantemente un compito di guida pratica: basti pensare alle tasse finalizzate a disincentivare il fumo, oppure le norme che impongono il casco o le cinture di sicurezza, ovvero l'istruzione obbligatoria: tutti esempi in cui si coglierebbe l'elemento teleologico comune di dirigere le preferenze dei cittadini verso ciò che è *buono* per il bene comune<sup>59</sup>.

Vermeule ribadisce con tetragona fermezza che il principale scopo del CGC sia quello di assicurare che chi governa abbia sia il dovere, sia l'autorità, di governare moralmente bene. Ecco allora la vera tirannia: agire al di fuori, o contro, le norme del buon governo; quest'ultimo vero *fine reale* del CGC, e non certo – crede Vermeule – il programma liberale dell'ipervalutazione ed allargamento smodato della libertà individuale<sup>60</sup>. Assumendo il perno archimedeo del buon governo, traspare che limiti al potere pubblico sono concepibili, e accettabili, soltanto finché contribuiscono in qualche misura alla realizzazione di tale bene comune<sup>61</sup>.

#### 4. I diritti soggettivi non sono *trumps*

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, trad. mia.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Cfr. J. MACKIE, *Etica. Inventare il giusto e l'ingiusto*, a cura di B. de Mori, Giappichelli, 2001.

<sup>59</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 38.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

Si giunge a passo svelto all'impiego, però perverso, di alcune delle più celebri tesi dworkiniane. Vermeule abbraccia l'argomento secondo cui la *testura aperta* delle norme costituzionali darebbe ampio spazio per delle letture morali sostanziali, soprattutto di quelle clausole che promuovono giustizia o sicurezza sociale. Trattandosi di norme a formulazione vaga, per essere rese normativamente operative esse necessitano d'un'opera di riempimento materiale; nondimeno si tratta di una intrapresa impossibile senza prendere a riferimento principi di moralità politica<sup>62</sup>. Il vero senso della «benedizione della libertà» contenuta nel Preambolo della Costituzione americana, per esempio, può ricavarsi solo nell'ambito di senso offerto dal quadro generale del CGC. Il che vale a dire che non potrebbe mai interpretarsi come clausola di massimizzazione della libertà individuale, dimenticando cioè che il concetto di libertà promosso dal testo costituzionale è teleologicamente ancillare al *Common Good*<sup>63</sup>. È soltanto leggendo le clausole generali nel contesto di sfondo della tradizione del bene comune – che ne funge da *bedrock*, quindi –, ed espungendo letture iper-progressiste o originaliste, che diviene allora possibile avvedersi del fatto che dette norme mirano a costituire, e guidare, un'autorità politica per la promozione e lo sviluppo della *res pubblica*<sup>64</sup>. Anzi, tutti i concetti normativi vanno letti alla luce di una migliore comprensione del concetto di libertà intesa come la capacità naturale degli uomini di agire in accordo ad un ragionamento morale rivolto al bene comune<sup>65</sup>. Insomma, sebbene Dworkin non abbia una corretta teoria dei diritti soggettivi – così afferma Vermeule – egli avrebbe comunque ragione nel sostenere che l'interpretazione giurisdizionale delle clausole costituzionali sia un'operazione sostanzialmente morale<sup>66</sup>, da compiersi tramite un processo osmotico continuo con la trama dei principi di

---

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Ivi, pp. 38-39. In sostanza i principi generali del bene comune e del benessere generale trasformerebbero le regole costituzionali in richiami prudenziali dei valori di fondo che servono a informare le norme di diritto positivo. Cfr. J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 424.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Ivi, pp. 40-41.

<sup>66</sup> Ivi, p. 41.

moralità politica<sup>67</sup>. Il metodo ermeneutico del bene comune può essere concepito – scrive l’A. – nei termini, sì, d’un modello «Dworkin-plus deference», ma in grado di offrire però una *giustificazione* migliore di quella del modello originale<sup>68</sup>. «In linea con il diritto come integrità di Dworkin che combina “fit” e “justification”» – scrive infatti l’A. – «il quadro del bene comune tenta di adeguare [fit] il diritto in via di sviluppo fornendo a questo anche una giustificazione alla luce della moralità politica del bene comune, interpretandola come inclusiva della morale dei ruoli istituzionali che impegnano le competenze istituzionali delle istituzioni pubbliche al perseguimento del bene comune»<sup>69</sup>. Da tale prospettiva la coerenza ermeneutica e l’*integrity* del sistema includerebbero argomenti di moralità politica che supportano una certa deferenza verso i «non judicial decision-makers», nell’ambito di limiti ragionevoli<sup>70</sup>. Il problema con Dworkin, allora, non è tanto metodologico ma di contenuto, in relazione cioè a quale sia la concezione morale politica che deve giustificare la dimensione normativa istituzionale del diritto.

Quanto poi all’attività giudiziaria, il giudice deve mostrare la virtù areteica dell’*epikeia*, e proporre solo quegli aggiustamenti al testo letterale di una norma solo per accomodarlo al bene comune in tutti quei casi «nonstandards» in cui l’interpretazione non fosse sufficiente<sup>71</sup>; «to track a reasonable account of common

---

<sup>67</sup> In merito si veda A. VERMEULE, *Deference and Due Process*, in *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, pp.1890-1931, dove chiarisce che il suo intento è quello di proporre un metodo interpretativo «[i]n uno spirito dworkiniano» presentando una «teoria che tenta di combinare la *justification* ossia il miglior resoconto dei principi alla base dei precedenti, con il *fit*, ossia con una ricostruzione coerentista del percorso del diritto negli ultimi decenni. Il dworkinismo tende ad essere associato all’espansione dell’*Impero del diritto*, ma questa è un’associazione strettamente contingente, originata in parte dalle stesse inclinazioni di Dworkin. *Fit* e *justification* possono anche consigliare che l’autorità della legge ceda il passo in favore degli organi amministrativi». (Ivi, p. 1894, trad. mia).

<sup>68</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 69.

<sup>69</sup> *Ibid.* Cfr. J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 408.

<sup>70</sup> *Ibid.* Per Vermeule Dworkin avrebbe per certi versi “reinventato” la metodologia della tradizione del bene comune senza conoscerla, «specialmente verso la fine della sua carriera allorchè ha concepito il diritto come un ramo della morale politica – sebbene un particolare ramo, includente diverse considerazioni morali come una continuità qualificata con le decisioni passate e il rispetto per i ruoli istituzionali». (*Ibid.*, trad. mia).

<sup>71</sup> Ivi, p. 83.

good», insomma<sup>72</sup>. Nondimeno, questo potere di aggiustamento morale va usato con parsimonia. In un suo scritto precedente, Vermeule aveva difeso una visione più testualista, secondo cui i giudici devono astenersi da spericolate elaborazioni ermeneutiche e attenersi al «significato superficiale o apparente»<sup>73</sup> di una disposizione quando questo appare chiaro, rinviando agli attori politici quando invece il significato sia incerto<sup>74</sup>, essendo i giudici «prone to error»<sup>75</sup>. Nel CGC tale concezione è in parte rintuzzata, ma l'*epikeia* non è una virtù che pertiene solo al giudice, il quale comunque è sempre tenuto ad un principio di deferenza massima rispetto alle determinazioni governative e politiche.

Sempre dichiarandosi sulle tracce di Dworkin, l'autore indugia più volte sulla distinzione classica tra *lex* e *ius*<sup>76</sup>. La differenza è tracciata con una certa disinvoltura e non poca approssimazione: «*Lex* è il diritto positivo emanato, come una legge. *Ius* è il *corpus* del diritto in generale, che include e sussume la *lex*, ma la trascende, e contiene principi generali di giurisprudenza e giustizia legale»<sup>77</sup>. Il *Common Good* non ha però fondamento in una clausola specifica, piuttosto scaturisce dalla struttura generale dell'ordine costituzionale materiale effettivo e dalla natura dell'autorità. La costituzione reale efficiente, potremmo dire, in un certo senso, «materiale» o «funzionale», è largamente non scritta e non codificata, e ciò in realtà sarebbe un tratto caratterizzante il costituzionalismo contemporaneo<sup>78</sup>. A differenza del costituzionalismo progressista ed evolucionista, l'approccio di Vermeule disegna un costituzionalismo «developing», in base al quale «the fundamental background principles of the constitutional order, derived from the natural law and the law of nations and then incorporated (by determination) into

---

<sup>72</sup> Ivi, p. 78.

<sup>73</sup> A VERMEULE, *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Harvard university Press, 2006, p. 183.

<sup>74</sup> Ivi, p. 230

<sup>75</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., pp. 74-75.

<sup>76</sup> Ivi, p. 3 e 134. Vedi pure C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 123.

<sup>77</sup> Ivi, p. 4, trad. mia. Altrove il concetto è così spiegato: «il diritto è più ampio dell'insieme dei comandi temporanei e locali, e si presume che tali comandi possano essere e saranno armonizzati con lo *ius*, ossia i principi generali di fondo dell'ordinamento giuridico». C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 125, trad. mia.

<sup>78</sup> *Ibid.*

the positive law, remain constant over time»<sup>79</sup>. Nondimeno, questo «developing constitutionalism» – ed è questo un tratto saliente – «postula che la legge [...] possiede un'integrità oggettiva che trascende i particolari di qualsiasi dato ordine costituzionale»<sup>80</sup>. Ciò lo distinguerebbe dal costituzionalismo progressista, reo di aver corrotto il significato dei principi di fondo dell'ordine costituzionale. Nondimeno, Vermeule non riesce a marcare bene la differenza, limitandosi a ribadire apoditticamente che, se la concezione progressista ritiene che i principi normativi debbano cambiare ed evolversi, egli vede il diritto costituzionale evolversi nell'attuazione di principi normativi che rimangono costanti nel portato materiale<sup>81</sup>. Ora, la caratterizzazione macchiettizzata dei progressisti liberali come relativisti, o revisionisti morali radicali, sembra quanto meno dubbia considerando che l'alfiere Dworkin è senza dubbio un oggettivista morale<sup>82</sup>. Le contraddizioni nella costruzione vermuleana sono invero una costante ineludibile, per cui l'edificio teorico finale risulta eristico ed assai pericolante, richiedendo continui aggiustamenti da funambolo non sempre coerenti tra loro.

Da qui si può nuovamente volgere lo sguardo alla *Dobbs* e ai motivi per cui secondo Vermeule occorre celebrarla, ma fino ad un certo punto. Prima che la motivazione fossa resa nota, al tempo ciò della pubblicazione di *CGC*, Vermeule profetizzava che sarebbe giunto il tempo dell'*overruling* delle storiche decisioni sull'aborto (come pure di quelle sulle libertà sessuali e di pensiero), che si sarebbero mostrate vulnerabili alla revisione del *CGC*. In questo vecchio/nuovo quadro ermeneutico non vi sarebbe infatti spazio per un principio tanto distonico col bene comune come quello di autodeterminazione soggettiva, secondo cui «ciascuno può definire il proprio concetto di esistenza, del significato dell'universo e del mistero della vita umana»<sup>83</sup>. La *Dobbs*, come s'è visto, ha cancellato con un colpo di spugna la *Casey* e la *Roe*, limitandosi però a rimettere la questione

---

<sup>79</sup> Ivi p. 121.

<sup>80</sup> Ivi, p. 122.

<sup>81</sup> Ivi, pp. 118 e 123.

<sup>82</sup> S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8,

<sup>83</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 41.

dell'aborto alla signoria dei parlamenti, omettendo – puntualizza criticamente l'A.<sup>84</sup> – di suggerire possibili determinazioni del bene comune (pur avendo dichiarato però, in tono inconsapevolmente vermuleano, che la massimizzazione della libertà individuale trova una limite nello «scheme of ordered liberty» della Nazione). Ciò che era per Vermeule era chiaro anche prima della *Dobbs* è che la concezione libertaria secondo cui il governo non può mai giudicare la qualità morale del discorso pubblico è una posizione *moralmente* inaccettabile<sup>85</sup>.

Emerge, ancora, la distanza sesquipedale con il modello dworkiniano dei diritti soggettivi: questi ultimi non possono affatto essere giocati come *trumps* per paralizzare le pretese pubbliche e determinare sfere soggettive intangibili al potere. Piuttosto, i diritti soggettivi (*iura*) altro non sono che specificazioni dello *ius*, dunque spettano agli individui come estrinsecazioni del bene comune («Rights are due to persons as they are states of affairs and arrangements within a polity that are “just, in the right” and help conduce to the flourishing of each and all»<sup>86</sup>). Lungi dall'essere paratie al potere, i diritti soggettivi costituzionali sono definiti in maniera teleologica, di modo che una volta individuato *ratio* e scopo di un certo diritto, «i tribunali procederanno a indagare se il loro esercizio sia stato oggetto di giustificate “ingerenze” da parte dello Stato per “bilanciare” diritti contrastanti, o per massimizzare scopi collettivi nel “pubblico interesse”»<sup>87</sup>, o nel caso si dia un «compelling governmental interest»<sup>88</sup>. Vermeule rilegge il principio di proporzionalità utilizzato dalla certi europee e della Corte Edu per bilanciare i principi in conflitto tra loro, sottolineando come il test di proporzionalità sarebbe progettato proprio per fornire uno strumento analitico per verificare se gli «interessi della società nel suo insieme giustamente prevalgono sugli interessi

---

<sup>84</sup> A. VERMEULE, *How to read Dobbs*, cit.

<sup>85</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 42. Ne è un esempio operativo formidabile la recente questione in merito alla legittimità delle vaccinazioni obbligatorie, giacché Vermeule sostiene che elaborando e specificando i principi del CGC si sarebbe potuto accertare che non esiste, ne potrà mai esistere, un diritto soggettivo costituzionale a rifiutare la vaccinazione, riconoscendo allo Stato cospicui margini di autorità per la protezione della salute pubblica da fenomeni pandemici.

<sup>86</sup> C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 137.

<sup>87</sup> Ivi, p. 138, trad. mia.

<sup>88</sup> Ivi, p. 139.

dell'individuo»<sup>89</sup>. Applicando il meta-criterio della proporzionalità potrebbe dimostrarsi che un diritto può essere ignorato, o che un'interferenza pubblica può essere sempre giustificata, allorquando il costo di ciò sia giustificato dalla presenza d'un legittimo scopo pubblico. Parlare di "bilanciamento" tra interessi collettivi e individuali tradisce dunque un'adesione, anche non sempre teoricamente consapevole, ad una concezione classica di bene comune. Nella quale, però, il ragionamento applicativo non è tanto il bilanciamento, quanto, soprattutto, la specificazione ragionevole dei fini propri di ogni diritto e, quindi, la determinazione dei confini o limiti<sup>90</sup>. Solo in questo senso i diritti possono funzionare come limiti al potere, cioè esprimendo una corretta estrinsecazione del bene comune (non a caso – puntualizza Vermeule – nessuno governo potrebbe promuovere la tortura o la schiavitù)<sup>91</sup>.

Il modello interpretativo post-positivista e pseudo-dworkiniano di Vermeule, più che alla costituzione come atto formale, guarda però all'«ordine costituzionale americano con la c minuscola»<sup>92</sup>; quest'ultimo inteso come la costituzione materiale effettiva, non sempre conforme al paradigma testuale<sup>93</sup>. Il rispetto di questa «small-c Constitution» implica poi l'adesione ad alcuni corollari, tra cui la deferenza per le scelte del legislatore in questioni sociali ed economiche, la previsione d'un ampio potere di delega in favore dell'esecutivo, così come pure «a strong legal principle of deference [...] to the institutional presidency and administrative tribunals»<sup>94</sup>. E tutti questi «criteri normativi operativi di costituzionalismo»<sup>95</sup> non sarebbero altro che interpretazioni (para)dworkiniane

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> Ivi, p. 141.

<sup>91</sup> *Ibidem*

<sup>92</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 10. Vedi pure C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming The Administrative State*, Harv. Univ. Press, 2020.

<sup>93</sup> Cfr. A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 410.

<sup>94</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 11.

<sup>95</sup> Per usare una espressione di N.W. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford Univ. Press, 2018, p. 12.

della “costituzione con la c minuscola”<sup>96</sup>. Questa mossa serve all’autore per non ipostatizzare la Costituzione in un atto formale di cui possa darsene una lettura positivista-originalista, e rivolgere così l’attenzione dell’interprete all’ordine costituzionale non positivizzato (almeno formalmente), che ha nel bene comune il suo cardine archimedeo<sup>97</sup>. Questa decisa preferenza per la «small-c Constitution» suggerisce anche perché Vermeule non cerchi mai di argomentare l’obbedienza alla Costituzione formale scritta<sup>98</sup>.

## 5. Chi è il custode del bene comune?

A conti fatti, concretizzare il bene comune rimane una questione interpretativa, da affrontare caso per caso, specificando cosa richieda la tradizione del CCG in riferimento ad un problema concreto. Sorge allora la questione fondamentale in merito a chi spetti una tale opera di determinazione pratica. La metodologia ermeneutica presentata sembrerebbe *prima facie* prospettare i giudici come candidati principali, e la Corte suprema come depositaria rawlsiana della ragione pubblica. Nondimeno, per Vermeule tale compito non spetta solo ai giudici; tutt’altro. Occorre infatti non confondere due questioni distinte che si pongono: una sul livello del metodo interpretativo, e l’altra sulle problematiche di allocazione delle competenze costituzionali<sup>99</sup>. Per quanto concerne il primo livello va segnalato che l’ermeneutica del costituzionalismo vermuleano riguarda tutti gli *official*: anche il legislatore e (soprattutto) l’esecutivo – s’è visto –, nell’assumere decisioni normative, devono applicare i principi costituzionali alla luce del bene comune. Ma se la promozione del bene pubblico è un dovere che incombe generalmente su tutti gli *official* del sistema, la stessa moralità politica reclama

---

<sup>96</sup> Su questo aspetto vedi ancora A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 410.

<sup>97</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 127.

<sup>98</sup> Vedi A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 434.

<sup>99</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p.43.

nondimeno una ramificazione strutturata di ruoli morali, e un progetto sociale di divisione del lavoro che dipende dal *design* istituzionale scelto<sup>100</sup>.

Al di là della divisione del lavoro, Vermeule è convinto che la *best interpretation* delle pratiche costituzionali richiede che i giudici possano, anzi debbano, rinviare le questioni controverse alle autorità politiche, all'interno di limiti ragionevoli, in tutti i casi in cui il legislatore o l'esecutivo siano implicati nella funzione di specificare operativamente il bene pubblico (che di fatto è poi la soluzione percorsa dalla *Dobbs*, che si mostra più vermuleana di quanto sembri)<sup>101</sup>. Il concetto di determinazione chiama in causa il rapporto che sussiste, nella tradizione giusnaturalistica, tra il diritto naturale e il diritto civile, e da ciò deriva la critica al positivismo moderno<sup>102</sup>. Riprendendo una concezione tomista, Vermeule afferma che i principi del diritto naturale, per la loro formulazione generale, darebbero sempre spazio ad una certa discrezionalità nell'opera di concretizzazione materiale da parte diritto positivo, entro certi limiti fissati, appunto, dal diritto naturale stesso<sup>103</sup>. Il processo di determinazione dei precetti generali del diritto naturale in statuizioni normative concrete è per lui immaginabile come un vettore che ostende una certa direzione per l'autorità pubblica senza indicare esattamente quanto lontano si debba andare; argomento questo che egli prende a piene mani da Finnis, per lui autore di riferimento<sup>104</sup>. Ciò spiega il perché i giudici debbano essere assai deferenti delle determinazioni del bene comune proposte da altri attori istituzionali: ciò è essenziale per la presunzione di autorità legittima degli attori

---

<sup>100</sup> Ivi, p. 43.

<sup>101</sup> Ivi, p. 44

<sup>102</sup> Ivi, p. 45.

<sup>103</sup> Ivi, p. 46. Su questo passaggio vale la pena sottolineare una critica mossa da Steven Smith (ID., *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 5) Secondo Smith il richiamo di Vermeule alle concezioni dell'Aquinate ometterebbe qualsiasi riferimento alla *Legge Eterna*, di cui la legge naturale ne rappresenta la partecipazione nella creatura razionale, nonché alla *legge divina*. «Nondimeno» – osserva Smith – «quel resoconto sembrerebbe basarsi sulla premessa di un universo divinamente creato, provvidenzialmente ordinato, intenzionale e teleologico. Senza una tale premessa, non è chiaro come possa funzionare la concezione classica: non vi è alcun fondamento ontologico o resoconto intelligibile della “legge” o *ius* che si suppone stia dietro il diritto positivo».

<sup>104</sup> *Ibidem*.

politici<sup>105</sup>. Il CGC, insomma, non vede limiti sostanziali a ciò che i governi possono attuare per promuovere il bene comune: «sotto questo aspetto» – nota Smith – «il governo preferito da Vermeule si avvicina molto di più a un Leviatano che al governo progettato dai fondatori americani»<sup>106</sup>.

## 6. Quale posto per la Democrazia?

La deferenza che i giudici devono mostrare rispetto alle determinazioni del bene comune effettuate dagli altri *official* del sistema potrebbe fare presumere che vi sia implicita una esaltazione waldroniana della dignità democratica del legislatore<sup>107</sup>. Ci si chiede: la democrazia è un bene nel quadro teorico del costituzionalismo? La risposta di Vermeule: dipende da cosa si intenda per democrazia, quali fini abbia e come sia giustificata<sup>108</sup>. Ora, per Vermeule le determinazioni normative concrete del bene pubblico operano sia *sul*, sia *all'interno* all'ordine costituzionale funzionale. Ciò significa che questa variante di costituzionalismo non adotta una concezione *a priori* in merito a quale sia il regime politico che meglio soddisfa i criteri del CGC; pertanto, diversi regimi e di modelli potrebbero essere ugualmente ordinati al bene comune, come non esserlo: è una questione di mera efficacia<sup>109</sup>. La democrazia non rappresenta affatto un bene intrinseco: lo è solo se orientata al bene comune, ma ciò dipende dalle circostanze concrete in cui si dà concretamente<sup>110</sup>. Va da sé che la democrazia concepita nella sua declinazione odierna, come democrazia di masse elettorali, non potrebbe vantare particolare rilievo assiologico<sup>111</sup>. Pur non fornendo argomenti in favore di qualche determinata forma di governo o di democrazia – giacché i regimi e modelli politici derivano il loro valore solo dalla capacità di garantire e attuare il bene comune – Vermeule

---

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 10, trad. mia.

<sup>107</sup> Si veda in proposito J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

<sup>108</sup> A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 46.

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

crede che potrebbero esservi nondimeno delle buone ragioni per pensare ad una democrazia con la «d piccola», ossia un modello senza voto, ovvero con esercizio di voto limitato, di mera consultazione insomma, utile a livello cognitivo per ottenere informazioni sulle preferenze della popolazione e per generare, in qualche modo, forme di solidarietà sociale<sup>112</sup>. Del resto, le determinazioni concrete del bene comune proposte da legislatori che tengono in considerazione un *range* più ampio possibile di casi e che hanno una base informativa più larga muovendo da basi imparziali, rispetto ai giudizi fallibili individuali su casi particolari, meritano maggiore rispetto (anche giudiziale) nel contesto della tradizione classica<sup>113</sup>. Nondimeno, tale deferenza non deriva necessariamente dalla circostanza che tali determinazioni abbiano una forma democratica, ma si deduce solo dal contenuto materiale sostantivo. Del resto – sottolinea Vermeule –, il concetto di *legislatore* è assai più antico di quello di *democrazia*<sup>114</sup>. Insomma, da una simile prospettiva, una decisione di un *tyrannos* andrebbe comunque rispettata se in qualche misura fosse orientata al bene pubblico, non potendo la democrazia vantare alcuna autonoma dimensione assiologica.

Anche la teoria dell'abuso di potere porterebbe acqua al mulino della teoria del *bene comune*, dal momento che per parlare di abuso di potere è necessario preliminarmente assumere una qualche concezione di *buon potere* e cosa questo possa legittimamente promuovere<sup>115</sup>. Le teorie costituzionali di ispirazione *liberal* sarebbero miopiche nel considerare solo ipotesi di forme di abuso di potere da parte di organi statali, sottovalutando altre dimensioni abusive di espressioni fenomenologiche di potere individuale, che le autorità pubbliche possono invece prevenire e scongiurare attraverso un governo rigorosamente orientato al bene comune. Questi abusi sarebbero troppo superficialmente trattati come meri *abusi privati* giacché posti in essere da attori economici la cui eccedenza di potere necessariamente dipende – ed è questo il punto nodale – dalla iper-protezione

---

<sup>112</sup> *Ibid.*.

<sup>113</sup> Ivi, p. 63.

<sup>114</sup> Ivi, p. 48.

<sup>115</sup> *Ibid.*.

accordata a certi diritti soggettivi<sup>116</sup>. Detto in altri termini, «l'enfasi sulla prevenzione della tirannia nel nome della protezione dell'autonomia individuale sottovaluta il fatto che la tirannia può essa stessa sorgere in nome della protezione dell'autonomia»<sup>117</sup>. In tal senso l'enunciato che afferma che la libertà di qualcuno deve essere protetta dal diritto necessariamente implica – per Vermeule – l'affermazione della necessità dell'esercizio di un qualche potere coercitivo sugli altri<sup>118</sup>.

Nel proporre il suo ragionamento Vermeule dimentica completamente che un obiettivo primario del costituzionalismo americano, e del costituzionalismo in genere, è proprio quello di porre dei legami al potere, e abbraccia invece una concezione fortissima di Stato amministrativo, ben poco espressiva dell'ideologia del costituzionalismo<sup>119</sup>. Eppure, per l'Autore questo suo modello di potere troverebbe conforto storico. Nel momento costituzionale fondativo si davano soprattutto due principali cordoni della tradizione di diritto naturale, che secondo Vermeule coesistevano, seppure non facilmente. Uno di questi enfatizzava l'idea del bene comune, la natura intrinsecamente politica e sociale dell'uomo le cui leggi dovevano essere ordinate nel bene di una particolare comunità politica e sociale<sup>120</sup>. L'altro filone, più contrattualista nelle sue premesse, era rappresentato da Blackstone, e tendeva a concepire la natura umana come intrinsecamente individualistica piuttosto che sociale e politica<sup>121</sup>. Sebbene ragionassero in modo diverso, e muovessero da premesse distoniche, entrambe le tradizioni accordavano comunque un largo spazio alle autorità pubbliche affinché queste agissero al servizio del bene comune e, soprattutto, entrambe condividevano la "cosmologia

---

<sup>116</sup> *Ibid.*.

<sup>117</sup> *Ibid.*, trad. mia.

<sup>118</sup> Ivi, p. 51.

<sup>119</sup> Vedi S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 12. Si vedano A. VERMEULE, *Law's Abnegation: From Law's Empire to The Administrative State*, Harv. Univ. Press, 2016 e C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *The Unitary Executive: Past, Present, and Future*, in *SUP. CT. REV.*, 1, 2020, pp. 83-117.

<sup>120</sup> Ivi, p. 54.

<sup>121</sup> *Ibid.*

classica” nella quale il diritto positivo civile dava specificazione o comunque doveva essere interpretato nella luce dei principi generali del diritto naturale<sup>122</sup>. Sarebbe allora un clamoroso errore pensare che gli strali della tradizione di diritto naturale nel costituzionalismo del bene comune possono supportare forme *strong* di sindacato di costituzionalità e di scrutinio delle scelte del legislatore. Il modello *forte* sarebbe invero il frutto di un goffo anacronismo originatosi dopo la guerra civile, mentre la tradizione dei diritti naturali avrebbe sempre accordato alle autorità pubbliche politiche ampi margini di spazio per inferire e proporre delle determinazioni ragionevoli in merito al bilanciamento tra diritti naturali in concorso, così come la possibilità di sostituirli in vista d’un benessere generale (come per la libertà di pensiero, che agli albori della Costituzione era, per Vermeule, soggetta ad un pervasivo controllo pubblico)<sup>123</sup>. Invocare lo *Ius* naturale per invalidare le leggi a questo contrarie è nondimeno un approccio eccezionale, mentre la tradizione mostrerebbe piuttosto la necessità d’una sinergia tra i vari livelli: nel modello costituzionale di Vermeule i principi della tradizione del diritto naturale servirebbero: (i) per interpretare correttamente il testo della costituzione; (ii) per fondare l’autorità politica di chi governa nel perseguimento del bene comune<sup>124</sup>. Un modello dialogico, dunque, imperniato sul rispetto dei ruoli istituzionali e con una non ben chiara possibilità di interazione sulla carta.

## 7. Brevi considerazioni finali: un costituzionalismo con la *c* piccola

Il costituzionalismo del bene comune – volendo sintetizzare brutalmente il senso della ricostruzione qui proposta – guarda all’ordine materiale delle “small-c Constitution” dimenticandosi della Costituzione come atto formale, propone una democrazia con la “d piccola” e sopraffatta da un ipertrofico stato amministrativo e

---

<sup>122</sup> Ivi, p. 56.

<sup>123</sup> Ivi, p. 77. Sul punto cita J. CAMPBELL, *Natural Rights and the First Amendment*, in *Yale L. J.*, 107, 2017, pp. 246- 320.

<sup>124</sup> Ivi, p. 58.

concepisce i diritti soggettivi in maniera radicalmente teleologica, risultando questi sempre suscettibili d'un qualche bilanciamento che li sacrifichi sull'altare di un nebuloso bene comune. Quest'ultimo, poi, è inteso in maniera tanto larga ed evanescente da risultare, a conti fatti, un'etichetta di giustificazione da appendere comodamente sopra qualsiasi forma di esercizio della ragion di Stato. Il manifesto di Vermeule, insomma, presenta un (non)costituzionalismo scombiccherato, con la "c" talmente ridotta – per così dire – da non poterlo seriamente ascrivere al pensiero costituzionalista – neppure di quello più marcatamente politico – il cui grande merito, com'è noto, è quello di voler imbrigliare la fenomenologia del potere entro categorie assiologiche e normative, che ne fungano da limite e fondamento. Pensiero, quello costituzionale, di cui Vermeule ne fa aperta apostasia, in un'opera di continua micronizzazione delle categorie classiche: "costituzione con la c piccola", "democrazia con la "d piccola", e infine "diritti" – viene da aggiungere – anch'essi con la "d piccola". Sul solco del pensiero di Finnis, Vermeule sciorina un arsenale argomentativo che offre la "worst intepretation" del intepretivismo dworkiniano, sospinto in un asfittico legalismo etico anti-individualista. Il tutto per sponsorizzare un fin troppo ingombrante Leviatano amministrativo<sup>125</sup>, che in nome del vuoto contenitore del bene comune è autorizzato a soverchiare i diritti individuali, in vista d'un programma di perfezionismo etico dal mai chiarito contenuto normativo.

Si potrebbe sostenere, come fanno molti, che la partigianeria politica *neocoon* di Vermeule finisca per illanguidirne la valenza teorica, rendendo ridondante, o stucchevole, ogni riflessione scientifica. Nondimeno, la realizzazione della "sinistra" profezia sull'*overruling* della *Roe*, da un verso, e un certo profluvio di nuovi studi che ricostruiscono in termini radicalmente teleologici i diritti costituzionali, svuotandoli di contenuto normativo, dall'altro, ci invitano comunque ad un'opera di vigile critica, onde evitare che un pensiero bollato sulle prime come un banale tentativo naïve e fané di ritorno alla pre-modernità si

---

<sup>125</sup> Vedi S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit.

traduca invece in termini operativi. Come a tratti, e per certi versi, sembra sia accaduto con la *Dobbs*.

dirittifondamentali.it