

## Originalismo e *Judicial Activism* nell'interpretazione del II emendamento alla Costituzione federale USA\*

Laura Fabiano

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza sul II emendamento alla Costituzione statunitense, il federalismo e l'attuale fase di polarizzazione politica e sociale del Paese. – 2. I *Federalism Checks* della Costituzione federale statunitense e la trasformazione concettuale del *Bill of Rights* attraverso l'*incorporation*. – 3. Le diverse interpretazioni originaliste del II emendamento alla Costituzione federale: dalla decisione *United States v. Miller* alla sentenza *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*. – 4. Le aporie del caso *Bruen* e l'attivismo giudiziario originalista.

1. *La giurisprudenza sul II emendamento alla Costituzione statunitense, il federalismo e l'attuale fase di polarizzazione politica e sociale del Paese*

Nel contesto esperienziale degli Stati Uniti d'America, caratterizzato da una matrice culturale liberale e da un'evoluzione storica democratica<sup>1</sup>, lo sviluppo della forma di Stato si è realizzato di pari passo al *federalizing process*<sup>2</sup> in un percorso che sembra tuttora in progressiva trasformazione.

Difatti, anche la più recente giurisprudenza della Corte suprema federale, orientata alla progressiva disarticolazione di parte dell'apparato delle garanzie federali offerte ai diritti fondamentali (enucleato dalla giurisprudenza del medesimo giudice costituzionale nei decenni passati)<sup>3</sup>, si è segnalata in quanto, a volte, collegata ad

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Sul tema cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998; Vol. II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000. Si rinvia inoltre, doverosamente, a B. Ackerman, *We The People*, Cambridge, 1993. Sulla matrice liberale dell'esperienza statunitense si rinvia a E.S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca, 1955. Cfr. anche M.P. Zuckert, *Thomas Jefferson on Nature and Natural Rights*, in R.A. Licht (ed.), *The Framers and Fundamental Rights*, Washington, 1992, p. 139 ss. Sull'influenza del repubblicanesimo nel pensiero politico americano cfr., G.S. Wood, *The Creation of The American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1969; B. Bailyn, *The ideological origins of The American Revolution*, Cambridge, 1967.

<sup>2</sup> Sul tema, limitandosi alla dottrina italiana, si rinvia esemplificativamente a C. Bologna, *Stato federale e "National interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010. Cfr. anche A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni ed interpretazioni della Due Process clause americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020.

<sup>3</sup> Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, ai casi *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022); *Vega v. Tekoh* 597 U.S. (2022), *Students for Fair Admissions, Inc. v. University*

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

un'altrettanta decisa visione “restrittiva” del federalismo intesa a valorizzare il potenziale politico discrezionale statale<sup>4</sup>.

Nell'ambito di tale *trend*, la giurisprudenza degli ultimi quindici anni sul II emendamento alla Costituzione statunitense, inerente il diritto “*to keep and bear arms*” (di cui il caso *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*<sup>5</sup> rappresenta il più attuale approdo) si pone in termini latamente eccentrici in quanto per alcuni versi (in relazione alla sua matrice interpretativa originalista ed avversa all'interpretazione evolutiva) sembra iscriversi pienamente nel solco tracciato dalla recente giurisprudenza citata e, nondimeno, per altri aspetti (principalmente il suo effetto depauperante nei poteri attribuiti agli Stati dalla Costituzione), essa può essere considerata in parziale controtendenza rispetto alle dette inclinazioni esegetiche della suprema Corte federale.

La giurisprudenza inerente le garanzie offerte al “diritto a detenere armi e circolare armati” risulta altresì interessante da analizzare in quanto sembra riproporre un paradosso esegetico che spesso si rintraccia nel contesto statunitense in tema di sicurezza; paradosso che è possibile considerare come rappresentativo di un altro elemento emblematico della dicotomia culturale statunitense divisa, come si accennava in apertura, fra matrice liberale ed evoluzione democratica: la sicurezza è difatti alternativamente interpretata, come valore (quale bene finale cui tendere) o come principio (ovvero bene iniziale che chiede di essere realizzato aderendo a quanto da

---

*of North Carolina et al.*, 600 U. S. \_\_\_\_ (2023), *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023). Sul tema, fra i numerosissimi contributi, si rinvia al n. speciale della Rivista on line *Forum dei Quaderni costituzionali* dedicato al tema “6-3: faglie ideologiche e nuove linee di tendenza della Corte suprema statunitense”. In diverse circostanze, alla giurisprudenza recente della suprema Corte, il legislatore e l'esecutivo federale hanno reagito con l'adozione di normative o ordini esecutivi volti a limitare, per quanto possibile, la portata degli effetti del deciso assunto (o comunque a mitigarne le conseguenze). Ci si riferisce ad esempio, nel caso *Dobbs*, all'adozione di dei numerosi *executive orders* che sono seguiti alla decisione della Corte suprema (n. 14076, “Protezione dell'accesso ai servizi sanitari riproduttivi”, del luglio 2022, n. 14079, “Garantire l'accesso ai servizi sanitari riproduttivi e ad altri servizi sanitari”, dell'agosto 2022, n. 14101, “Rafforzare l'accesso a servizi contraccettivi e di pianificazione familiare accessibili e di alta qualità”, emesso il 23 giugno 2023). Con riguardo invece alla decisione in commento, il legislatore federale ha adottato, a stretto giro, una normativa congressuale ovvero il *Bipartisan Safer Communities Act* 2022 (Pub. L. 117-159, 136 Stat. 1313) fortemente voluto dal Presidente Biden per il quale egli ha trovato supporto in entrambi i rami del 117° Congresso. Su tale normativa si rinvia a C. Graziani, *La regolamentazione delle armi negli Stati Uniti: tra originalismo e riforme*, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2022, p. 589 ss.

<sup>4</sup> Emblematico in tal senso è particolarmente il caso *Dobbs*. Cfr. sul tema L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2022.

<sup>5</sup> *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), Docket n. 20-843.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

esso prescritto)<sup>6</sup> conducendo frequentemente a porre in antagonismo il “diritto alla sicurezza” con la “sicurezza dei diritti”<sup>7</sup>.

Alcuni esempi di tale dicotomia sono molto attuali (in quanto rintracciabili nella disciplina statunitense sull’immigrazione<sup>8</sup>, sul terrorismo internazionale<sup>9</sup> o nella giurisprudenza sull’immunità assoluta o qualificata rispettivamente dei giudici e del personale di polizia<sup>10</sup>) e sono altresì strettamente emblematici del corrente momento di grave difficoltà in cui versa la tenuta del pluralismo sociale del Paese che vive una fase di grave polarizzazione politica. Essa esaspera i conflitti ideologici storici (concernenti i rapporti fra Federazione e Stati ed il ruolo della Federazione in sé) e rinnova tensioni sociali non ancora evidentemente pacificate (la questione femminile, il conflitto razziale, l’irrisolto dibattito sui c.d. *reproductive rights*, il fondamentalismo protestante, la differenziazione territoriale) finendo per produrre un’alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri (in senso tanto orizzontale quanto verticale) di cui l’attivismo giudiziario rappresenta un conseguente portato<sup>11</sup>.

La dicotomia detta, come anticipato, sembra rinvenibile anche nella giurisprudenza più recente sul diritto “*to bear and keep arms*” garantito dal II emendamento: disposto complesso (profondamente connesso, nella genesi della sua

---

<sup>6</sup> Sul tema valori, principi e regole nella dimensione costituzionale cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, 2008, 205 ss.

<sup>7</sup> Sul cui cfr. A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma - S. Anastasia (a cura di), *La Bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 20 ss.; cfr. altresì M. Ruotolo, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2013; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile*, Torino, 2019; P. Torretta, “*Diritto alla sicurezza*” e (altri) diritti di libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D’Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 451 ss.; C. Mosca, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, 2012; L. Durst, *Introduzione al ruolo della «sicurezza» nel sistema dei diritti costituzionali*, Roma, 2019.

<sup>8</sup> Cfr. M.R. Hall, *Procedural Due Process Meets National Security: The Problem of Classified Evidence in Immigration Proceedings*, in *Cornell International Law Journal*, 35(3), 2002, p. 515 ss. Sulla più recente giurisprudenza federale sul tema si rinvia al commento alla decisione *Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020) pubblicato in *Harvard Law Review*, 134(1), 2020, p. 410 ss.

<sup>9</sup> Cfr. L. Kovarsky, *Citizenship, National Security Detention, and the Habeas Remedy*, in *California Law Review*, 107, 2019, p. 867 ss. Per la dottrina italiana sul tema cfr. L. Fabiano, *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte suprema nelle sentenze “Guantanamo”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 104 ss.

<sup>10</sup> Cfr. S.A. Keller, *Qualified and Absolute Immunity at Common law*, in *Stanford Law Review*, 73, 2020, p. 1337. Per la dottrina italiana cfr. L. Fabiano, *Police Brutality, Qualified Immunity e conflitto razziale nell’esperienza statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2021, p. 21 ss.; Id., *La responsabilità civile del giudice statunitense: absolute immunity doctrine v. Due process of law*, in *Studi in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, p. 341 ss.

<sup>11</sup> La conflittualità ideologica polarizzata, impedendo la negoziazione, incide tanto sul regolare funzionamento del sistema dei *check and balances* e degli *sharing powers* (su cui il sistema ordinamentale si fonda) quanto sulla dinamica dei rapporti del *multilevel government* rischiando infine di produrre un’alterazione della forma di governo. Cfr. sul tema S. Fabbrini, *L’America e i suoi critici*, Bologna, 2005.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

scrittura, alla dimensione federale del documento costituzionale nel quale veniva iscritto) composto da due diciture (la *militia clause* e la *right to bear arms clause*) elaborate in interconnessione reciproca secondo una finalità di tutela collettiva e, tuttavia, interpretate nell'esegesi della Corte suprema dell'ultimo quindicennio, in un rapporto di premessa teorica e disposizione efficiente<sup>12</sup> che ne ha alterato profondamente i termini e le conseguenze consentendo ad un approdo esegetico che perimetra le garanzie offerte dal II emendamento entro i termini di diritto esclusivamente individuale.

Risulta dunque evidente come il tema della libertà di circolare armati, e la giurisprudenza che ne ha consentito la progressiva affermazione costituzionale, non possa essere liquidato come una stravaganza statunitense che banalmente affonda le proprie radici nel passato "*far west*".

Al contrario, la giurisprudenza sul II emendamento sembra essere divenuta il crocevia di diversi elementi simbolici delle profonde tensioni che caratterizzano il contesto politico e sociale attuale negli Stati Uniti. Esse attengono all'interpretazione del modello federale, al difficile bilanciamento fra libertà individuali ed interessi collettivi e, non ultimo, al ruolo della giurisprudenza in merito al dispiegarsi o all'intricarsi di tali tensioni. Con riguardo a quest'ultimo aspetto particolarmente interessante sembra essere il rilievo per cui si assiste, nel susseguirsi delle decisioni adottate dalla suprema Corte federale, ad una strumentalizzazione manipolativa degli stili esegetici, ed in particolar modo dell'originalismo, tale per cui l'accusa di eccessivo attivismo politico giudiziario mossa, decenni or sono, nei confronti degli stili interpretativi evolutivi da parte di autorevoli esponenti del pensiero conservatore e repubblicano<sup>13</sup> sembra ora ben attribuibile, in senso inverso ma non meno significativo, a quella stessa corrente politica.

## 2. I Federalism Checks della Costituzione federale statunitense e la trasformazione concettuale del Bill of Rights attraverso l'incorporation

Come noto, al momento dell'approvazione della Costituzione di Philadelphia da parte dei *Framers* segue immediatamente un periodo di febbrile confronto culturale e politico riguardante l'opportunità per i legislativi statali di ratificare la nuova

---

<sup>12</sup> Il giudice Scalia nella decisione *District of Columbia v. Heller*, 554 US570 (2008) afferma: «*The Second Amendment is naturally divided into two parts: its prefatory clause and its operative clause. The former does not limit the latter grammatically, but rather announces a purpose*», *District of Columbia v. Heller at II A*. Sulla decisione *Heller* cfr. A.R. Amar, *Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 122, 2008, p. 145 ss.

<sup>13</sup> Sul tema, che verrà sviluppato nelle pagine a seguire, si rinvia per tutti a R. J. Bork, *Corcing Virtue*, trad. it: *Il giudice sovrano*, Macerata, 2006. Cfr. inoltre Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of Law*, New York, 1990.



Costituzione federale<sup>14</sup>. Nel corso di tale dibattito venne ampiamente analizzato dall'intelligenza dell'epoca il tema della separazione dei poteri realizzata nell'ambito della Costituzione appena approvata sia in termini orizzontali sia verticali. In relazione a quest'ultimo aspetto vennero evidenziati degli elementi specifici previsti nell'architettura costituzionale a garanzia del perdurante potere statale: la Costituzione federale statunitense rappresenta in effetti un significativo compromesso fra Stati (grandi e piccoli, popolosi e meno popolosi, del sud e del nord ecc.) e fra Federazione e Stati<sup>15</sup>.

Fra i numerosi elementi compromissori riguardanti l'assetto federale (i cd. *Federalism checks* nella nota espressione di Amar)<sup>16</sup>, è possibile annoverare l'elaborata soluzione bilanciata riguardante l'esercito nazionale e le milizie statali che si rinviene innanzi tutto nel primo<sup>17</sup> e nel secondo<sup>18</sup> articolo della Costituzione (con implicita conferma nelle osservazioni di Hamilton e Madison nei *federalist papers* 29<sup>19</sup> e 46<sup>20</sup>) e che troverà nel II emendamento la sua disposizione di chiusura.

---

<sup>14</sup> Di tale fervente dibattito costituisce una significativa testimonianza il volume che raccoglie i c.d. *federalist papers*: A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, New York, 2003 (ed. orig.: *The Federalist*, New York, 1788). Per una traduzione italiana del testo si veda A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997. Per un'analisi del pensiero e dell'opera, nella letteratura italiana, si veda A. Garosci, *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Milano, 1955.

<sup>15</sup> Cfr. sul tema il classico A.R. Amar, *The American Constitution a Biography*, New York, 2006. Si rinvia inoltre a Glazer, *The Constitution and American Diversity*, in R. Goldwin - A. Kaufman (eds.), *Forgoing Unity out of Diversity: The Approach of Eight Nations*, Washington D.C., 1985.

<sup>16</sup> A.R. Amar, *The American Constitution*, cit.

<sup>17</sup> Con riguardo all'esercito nazionale l'art. 1 sez. 8 col. 15 della Costituzione, nella c.d. "organizing clause" attribuisce al Congresso il potere di «provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States» riservando altresì agli Stati «respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress». Una soluzione estremamente bilanciata dei rapporti Stati-Federazione in relazione alla quale la Corte suprema, nel 1820, nella decisione *Houston v. Moore* (18 U.S. 1(1820)) affermerà «The powers of legislation over [the militia] are concurrent in the general and state governments» e che viene commentata da Amar con giudizio estremamente positivo («[i]n a pair of Federalist essays penned separately by Hamilton and Madison, Publius elaborated the argument that, in the highly improbable scenario of a national military despotism run amok, states could ride to the rescue», A.R. Amar, *The American Constitution*, cit., p. 117).

<sup>18</sup> L'attribuzione alla Presidenza del comando dell'esercito rappresenta un secondo *Federalism Check* in relazione con il potere del Congresso di disciplinare le forze militari e di convocare la milizia dell'Unione stabilito nell'art.1. Sul punto cfr. B. Daus, *The Militia Clauses and the Original War Powers*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 11, 2021, p. 489 ss.

<sup>19</sup> Hamilton, nel *federalist* 29 afferma che alla milizia sarà attribuita la funzione di «difendere uno Stato confinante da un nemico comune» o di «proteggere la repubblica dalla violenza delle fazioni e delle sedizioni», A. Hamilton, *The Federalist Papers: No. 29, Concerning the Militia From the Daily Advertiser. Thursday, January 10, 1788*, reperibile [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed29.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed29.asp).

<sup>20</sup> James Madison, nel *federalist* n. 46, afferma 7 «The highest number to which, according to the best computation, a standing army can be carried in any country, does not exceed one hundredth part of the whole number of souls; or one twentyfifth part of the number able to bear arms. This proportion would not yield, in the United States, an army of more than twenty-five or thirty thousand men. To these would be opposed a militia amounting to near half a

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

Difatti, nell'ambito del confronto riguardante l'opportunità di ratificare la Costituzione, altro tema importante che venne posto dagli oppositori a tale adesione fu notoriamente che la Costituzione federale fosse di fatto un documento che istituiva un potere (l'ordinamento nazionale) senza limitarlo in termini di garanzie dei diritti nei confronti dei cittadini degli Stati: fu in relazione a tale obiezione che si sviluppò la corrente politica che propugnò come atto necessario, immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, l'adozione di un *Bill of Rights* costituzionale da interpretarsi come freno alle derive del potere federale nei confronti degli Stati e del popolo<sup>21</sup>.

Tale interpretazione iniziale, corroborata dalla giurisprudenza nella sentenza *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore* del 1933<sup>22</sup>, venne superata solo diversi decenni dopo, a partire dalla decisione *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*<sup>23</sup>, del 1897, con la quale la Corte suprema, interpretando il XIV emendamento, approdò alla teoria

---

*million of citizens with arms in their hands, officered by men chosen from among themselves, fighting for their common liberties, and united and conducted by governments possessing their affections and confidences*, J. Madison, *The Federalist Papers*: No. 46. *The Influence of the State and Federal Governments Compared From the New York Packet*. Tuesday, January 29, 1788, reperibile all'URL: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed46.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed46.asp)

<sup>21</sup> Come ebbe ad affermare Thomas Jefferson il 20 dicembre 1788 «A] *bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth, general or particular, and what no just government should refuse*», *The Papers of Thomas Jefferson*, J.P. Boyd et al. (ed.), Princeton, 1950. Sul tema cfr. J.M. Van Dyke, *Bill of Rights*, in *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, Gale, 2008, p. 146 ss.; A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven-London, 1998, nonché, in generale, E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, U.S., 2011; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2000, p. 1 ss. Nella letteratura italiana, in particolare G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, cit., p. 31 ss.

<sup>22</sup> *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833). Come noto, in detta decisione la Corte suprema confermò esplicitamente che il *Bill of Rights* era da intendersi come una carta dei diritti esclusivamente federale. Il *primary holding* della decisione recita: «*The Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of individual States. Each State established a constitution for itself, and in that constitution provided such limitations and restrictions on the powers of its particular government as its judgment dictated. The people of the United States framed such a government for the United States as they supposed best adapted to their situation, and best calculated to promote their interests. The powers they conferred on this government were to be exercised by itself, and the limitations on power, if expressed in general terms, are naturally and necessarily applicable to the government created by the instrument. They are limitations of power granted in the instrument itself, not of distinct governments framed by different persons and for different purposes*».

<sup>23</sup> *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 US226 (1897), decisione il cui *primary holding* recita: «*The 14th Amendment's due process clause requires that states provide fair compensation for seizing private property*». Sul tema cfr. A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *The Yale Law Journal*, 101(6), 1992, p. 1193 ss.; R.F. Cushman, *Incorporation Due Process and the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, 51(3), 1966, p. 467 ss. Sul tema per la dottrina italiana si rinvia a C. Bologna, *Stato federale e «national interest»*. *Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010.

dell'*incorporation* per cui i diritti<sup>24</sup> garantiti nel *Bill of Rights* federale costituiscono un vincolo anche per gli Stati.

È stato efficacemente osservato come tale processo abbia di per sé innescato un meccanismo evolutivo nella concezione stessa del *Bill of Rights* perché, trasformandolo da complesso di garanzie adottato per limitare il governo federale in catalogo di diritti valevoli nei confronti di qualunque governo, ha finito per orientare diversamente il significato costituzionale del detto documento: inizialmente diretto alla protezione del popolo (e degli Stati) da un governo potenzialmente non rappresentativo è invece divenuto, con il processo di incorporazione, carta dei diritti a tutela delle minoranze vulnerabili dalla tirannia delle maggioranze politiche<sup>25</sup>.

Tale riflessione può essere utile per interpretare la recente giurisprudenza della Corte suprema in tema di *incorporation*: difatti, in ordine di tempo la qualificazione del “*right to keep and bear arms*” (fissato nel II emendamento come diritto fondamentale garantito dalla Costituzione federale anche nei confronti dell’attività statale) si pone fra i casi di più recente di “incorporazione” sancito dalla giurisprudenza federale<sup>26</sup> e, nondimeno, ciò si verifica in un periodo storico nel quale (in controtendenza rispetto ad una lunga storia caratterizzata da una generale promozione all’unitarietà e dalla “*modern rights revolution*”)<sup>27</sup> l’attività esegetica della Corte suprema federale sembra caratterizzata da una tendenza restrittiva nelle garanzie dei diritti enucleati dalla giurisprudenza federale precedente (sino ad operare una sorta di attività di

---

<sup>24</sup> Sono escluse pertanto le regole da considerarsi procedurali come, ad esempio, le norme riguardanti le giurie. Anche tale giurisprudenza è comunque in corso di evoluzione. Sul tema cfr. R. A. Fairfax, *Interrogating the Nonincorporation of the Grand Jury Clause*, in *Cardozo Law Review*, 43(3), 2022, p. 855 ss.

<sup>25</sup> Tale è la lettura di A.R. Amar, per il quale: «*Although generally sound, the process of incorporation has had the unfortunate effect of blinding us to the ways in which the Bill has thereby been transformed. Originally a set of largely structural guarantees applying only against the federal government, the Bill has become a body of rights against all government conduct. Originally centered on protecting a majority of the people from a possibly unrepresentative government, the Bill has been pressed into the service of protecting vulnerable minorities from dominant social majorities*», *The Bill of Rights as a Constitution*, in *The Yale Law Journal*, Mar., 1991, 100(5), Centennial Issue (Mar., 1991), p. 1131 ss., spec. p. 1136.

<sup>26</sup> In ordine di tempo il più recente in assoluto è *Timbs v. Indiana*, 586 US (2019) che ha incorporato l'*Excessive fines clause* dell’VIII Emendamento

<sup>27</sup> Cfr. I. Somin, *The Supreme Court of the United States: Promoting Centralization More Than State Autonomy*, in N. Aroney, J. Kinkaid (eds.), *Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, 2017, p. 440 ss. Cfr. inoltre M. J. Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, in *Washington and Lee Law Review*, 50(5), 1993, p. 8 ss.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

“disincorporazione” nella nota decisione *Dobbs*)<sup>28</sup>. Potrebbe ritenersi, a ben vedere, che tale ultima giurisprudenza, mascherata (a volte) come rinnovata tendenza alla valorizzazione della dimensione statale, sottenda invece ad uno svilimento dello stesso *Bill of Rights* quale carta dei diritti in funzione contromaggioritaria e di garanzia “democratico-costituzionale”<sup>29</sup> nei confronti della tirannia della maggioranza<sup>30</sup>. Nell’ambito di una ricostruzione di tal genere si inquadra forse, con più agevolezza, il tema dell’incorporazione del diritto a portare armi, libertà che nulla ha a che fare, in effetti, con la funzione costituzionale contromaggioritaria della tutela dei diritti<sup>31</sup> e che viene affermata, nelle recenti decisioni della Corte suprema, finanche scegliendo di limitare i poteri statali in un ambito, quello del *police power*, che è peraltro eminentemente e storicamente materia di primario interesse degli Stati<sup>32</sup>.

3. *Le diverse interpretazioni “originaliste” del II emendamento alla Costituzione federale: dalla decisione United States v. Miller alla sentenza New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*

Nel *Bill of Rights* statunitense, il II emendamento si presenta con una dicitura ampollosa e per questo di non semplice comprensione: «Essendo necessaria, per la sicurezza di uno Stato libero, una milizia ben organizzata, non sarà violato il diritto del popolo di tenere e portare armi»<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Tecnicamente *Dobbs* è un caso di “disincorporazione” solo in un senso lato, in quanto il diritto all’aborto non è una garanzia esplicita del *Bill of Rights* e, soprattutto, non vincolava il governo federale in passato mentre l’espressione “*Incorporation*” denota l’applicazione di una garanzia costituzionale già vincolante per il livello federale agli Stati. Ciononostante, la dottrina ha evidenziato con tale suggestiva espressione la più recente tendenza della giurisprudenza federale. Sul punto cfr. il post di A. Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporazione del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (14 luglio 2022); del medesimo A. cfr., *La Corte suprema e la “disincorporazione” del diritto all’aborto*, in *Rivista di Diritti Comparati*, Anteprema 2023. Più in generale, sul tema, in relazione alla decisione *Vega v. Tekoh*, cfr. L. Fabiano, *La decisione Vega v. Tekoh: i Miranda Rights come regole profilattiche e il conseguente svuotamento delle garanzie (e dei rimedi alla lesione) dei diritti dell’indagato negli Stati Uniti d’America*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 3, 2022.

<sup>29</sup> Su cui. Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016. Nel pensiero statunitense cfr. J.H. Ely *Democracy and Distrust*, 1980.

<sup>30</sup> Sul punto cfr. P. Bianchi, *Il lungo addio. Declino e caduta delle costituzioni novecentesche*, Napoli, 2022, spec. da p. 73 ss.

<sup>31</sup> Sul tema cfr. R. Dworkin, *Tacking Rights Seriously*, trad. it: *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

<sup>32</sup> Cfr. S. Lagarre, *The Historical Background of Police Power*, in *Journal of Constitutional Law*, 9(3), 2007, p. 745 ss.

<sup>33</sup> Cfr. per una ricostruzione storica dell’emendamento M. Waldman, *The Second Amendment: A Biography*, New York (NY), 2014.



Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

La detta espressione normativa si compone di due disposizioni: la prima facente riferimento alla necessità per gli Stati di garantirsi la possibilità di contare sull'esistenza di una propria *militia* e la seconda, apparentemente presupposto della prima, sul divieto posto alla Federazione di negare il diritto del popolo “to keep and bear arms”.

La Corte suprema federale, in una decisione della fine degli anni Trenta del Novecento, *United States v. Miller*<sup>34</sup>, ha interpretato le parti dispositive dell'Emendamento in termini di interconnessione concludendo che «*Only weapons that have a reasonable relationship to the effectiveness of a well-regulated militia under the Second Amendment are free from government regulation*»<sup>35</sup> ed aggiungendo che «*In the absence of any evidence tending to show that possession or use of a "shotgun having a barrel of less than eighteen inches in length" at this time has some reasonable relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia, we cannot say that the Second Amendment guarantees the right to keep and bear such an instruments*»<sup>36</sup>.

Tale giurisprudenza si poneva in linea di continuità con l'interpretazione del II emendamento secondo canoni testualisti e storicistici che valorizzavano l'intento originario dei *Framers*: l'Emendamento veniva considerato come proposto ed approvato quale ulteriore *Federalism Check* a tutela degli Stati.

Tale interpretazione “antesignamente”<sup>37</sup> originalista (nella versione che valorizza l'intento originario dei costituenti) viene del tutto *overruled* 69 anni dopo, nella decisione *District of Columbia v. Heller*<sup>38</sup>, la quale è essa stessa adottata secondo i canoni dell'originalismo e scritta materialmente dal giudice Scalia, eccellente esponente fra i sostenitori di tale corrente esegetica<sup>39</sup>.

Nondimeno, l'originalismo applicato dal giudice Scalia nella decisione *Heller*, in consonanza con la dottrina da egli sostenuta sin dalla sua nomina<sup>40</sup>, si qualifica

---

<sup>34</sup> *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

<sup>35</sup> *United States v. Miller, Holding*. Sulla decisione cfr. Brian L. Frye, *The Peculiar Story of United States v. Miller*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 3, 2008, p. 48 ss.

<sup>36</sup> *United States v. Miller*, 307 U.S. at 178.

<sup>37</sup> Se consideriamo tecnicamente l'originalismo come una specifica reazione alla giurisprudenza *liberal* della Corte Warren è evidente che *Miller* non può essere “originalista” in questo senso specifico, e tuttavia, tale sentenza adotta una decisione fondata sulla valutazione storica ed originaria del disposto costituzionale.

<sup>38</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)

<sup>39</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, p. 849 ss.

<sup>40</sup> Solo tre giorni dopo la conferma della sua nomina alla Corte suprema federale il giudice Scalia affermò: «*ought to campaign to change the label from the Doctrine of Original Intent to the Doctrine of Original Meaning*» sostenendo che «*The appropriate inquiry is into the most plausible meaning of the words of the Constitution to the society that adopted it-regardless of what the Framers might secretly have intended*» (A. Scalia, *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C.* (June 14, 1986), in *Office of legal policy, U.S. Dep't of justice, original meaning jurisprudence: A Sourcebook*, spec. 106 e 103. (1987)). Nel contributo *Originalism: The Lesser Evil*, cit. il giudice Scalia, a proposito della sua preferenza per una visione

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

nell'accezione che valorizza il c.d. *original meaning* (piuttosto che l'*original intent*)<sup>41</sup> ed approda così a conclusioni giuridiche molto diverse dal precedente del 1939.

Nella decisione *Heller*, infatti, la Corte dichiara incostituzionali le norme poste dal *Firearms Control Regulators Act* del 1975<sup>42</sup> stabilendo, come si legge nel *primary holding*, che il «II emendamento protegge il diritto individuale di possedere un'arma da fuoco non collegata al servizio in una milizia e di utilizzare quell'arma per scopi tradizionalmente leciti, come l'autodifesa all'interno della casa».

La vicenda *Heller* riguardava una normativa federale vigente nel *District of Columbia*. Dopo l'adozione della detta decisione sorse pertanto il dubbio se la medesima giurisprudenza fosse applicabile anche alla normativa statale. La risposta positiva è sopraggiunta pochi anni dopo, nel 2010, nella decisione *McDonald v. City of Chicago*<sup>43</sup>, nella quale la Corte ha proclamato l'*incorporation* del II emendamento nei confronti degli Stati attraverso la clausola del *due process* del XIV emendamento<sup>44</sup>.

Le due decisioni (*Heller* e *McDonald*) tracciano pertanto un confine fondamentale nel modo attraverso cui guardare al disposto del II emendamento: da normativa a tutela di un interesse collettivo a diritto individuale<sup>45</sup>. Le garanzie apprestate alla tutela di questo diritto vengono tuttavia, in parte, circoscritte nella lettura degli *obiter dicta* della decisione *Heller* dove si sottolinea la perdurante autorità

---

originalista a favore dell'*original meaning* (e non dell'*original intent*), scriveva: «*Let me turn next to originalism, which is also not without its warts. ... But what is true is that it is often exceedingly difficult to plumb the original understanding of an ancient text. Properly done, the task requires the consideration of an enormous mass of material—in the case of the Constitution and its amendments, for example, to mention only one element, the records of the ratifying debates in all the states. Even beyond that, it requires an evaluation of the reliability of that material—many of the reports of the ratifying debates, for example, are thought to be quite unreliable. And further still, it requires immersing oneself in the political and intellectual atmosphere of the time— It is, in short, a task sometimes better suited to the historian than the lawyer...*» il testo è reperibile all'url <https://teachingamericanhistory.org/document/originalism-the-lesser-evil/>.

<sup>41</sup> Ciò distingue nettamente l'originalismo di Scalia dall'impostazione di un altro eccellente esponente di tale corrente esegetica: Robert Bork (cfr. R.J. Bork, *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making*, in *Judges' Journal*, 26, 1987, p. 13 ss. Sull'originalismo di Robert Bork cfr. S.R. Vinceti, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 4, 2020, p. 4781 ss.). Sull'originalismo inteso come ricerca dell'*original intent*, in termini generali cfr. anche H.J. Powell, *The Original Understanding of the Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 98(5), 1985, p. 885 ss. Per la dottrina italiana si rinvia a N. G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2016, p. 849 ss.

<sup>42</sup> D.C. Code §§ 7-2502.02(a)(4), 22-4504, 7-2507.02.

<sup>43</sup> *McDonald v. City of Chicago*, 561 US 742 (2010).

<sup>44</sup> La decisione *McDonald* si pone in pieno contrasto, e dunque costituisce *overruling*, di *United States v. Cruikshank*, 92 US 542 (1875) e di *Presser v. Illinois*, 116 US 252 (1886). In questo secondo caso la Corte suprema aveva confermato l'autorità statale di vietare la costituzione di eserciti privati in quanto «*The Second Amendment only applies to the federal governments*» (*primary holding*).

<sup>45</sup> Cfr. D.T Hardy, *The Rise and Demise of the Collective Right Interpretation of the Second Amendment*, in *Cleveland State Law Review*, 59, 2011, p. 315 ss.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

statale nel limitare l'uso di alcune armi "pericolose e inusuali"<sup>46</sup>, nell'accesso alle armi per alcune categorie di persone e nella possibilità per gli Stati di limitare la circolazione delle persone armate sul territorio dello Stato soprattutto in relazione ad alcuni luoghi sensibili<sup>47</sup>.

Sulla scorta di tali "spiragli" alcune normative statali avevano dunque continuato negli anni successivi a porre dei limiti alla circolazione delle armi sul territorio statale imponendo la necessità, per coloro che intendevano girare armati, di richiedere licenze e di sottoporsi a valutazioni amministrative. Tali tipologie di autorizzazioni si bipartivano grossolanamente in due tipologie: le *shall-issue* e le *may-issue*<sup>48</sup>. In base alla prima tipologia «le autorità devono rilasciare autorizzazioni a portare armi non in vista ogni qual volta il richiedente soddisfa certe condizioni soglia, senza lasciare una qualche discrezionalità agli agenti procedenti per negare le autorizzazioni sulla base di una percepita assenza di necessità o di opportunità»<sup>49</sup>; in base alla seconda tipologia invece «le autorità [statali] hanno una discrezionalità nel negare autorizzazioni a portare armi non in vista anche quando il richiedente soddisfa i criteri previsti dalla legge, di solito perché il richiedente non ha dimostrato una motivazione o una idoneità per la relativa autorizzazione»<sup>50</sup>. La normativa adottata dallo Stato di New York era un caso di "*gun law may-issue*" e, difatti, la vicenda sottostante al caso *Bruen* riguardava due cittadini del medesimo Stato i quali, già titolari di un porto d'armi parziale (finalizzati alla caccia ed al tiro al piattello) facevano richiesta di un'autorizzazione a circolare armati in termini generali. Ad essi veniva opposto, tuttavia, un diniego dall'amministrazione statale fondato sull'insufficienza addotta dai ricorrenti nel giustificare, ai fini di autodifesa personale, la necessità di una tale autorizzazione subordinata, nella normativa newyorkese, ad una "*proper cause*"<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> *District of Columbia v. Heller, Opinion of the Court* p. 54.

<sup>47</sup> «Niente nella *opinion* [resa] potrebbe essere utilizzato per avanzare dubbi su divieti vigenti da lungo tempo circa il possesso di armi da fuoco da parte di pregiudicati o dei malati mentali o su leggi che vietassero di portare armi da fuoco in luoghi sensibili come scuole e edifici governativi, o su leggi che imponessero condizioni e qualifiche per la vendita commerciale di armi», *District of Columbia v. Heller, Opinion of the Court*, p. 54

<sup>48</sup> La classificazione è riferita nella stessa decisione di maggioranza *Bruen* e costituisce tuttavia una semplificazione dell'ampia gamma di normative al momento della decisione riscontrabili nel panorama statale statunitense. Riferisce a proposito di questo P. Passaglia, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, p. 144 ss. in nota 2.

<sup>49</sup> Cfr. *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, Opinion of the Court*, p. 4.

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>51</sup> N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f). La Corte d'Appello dello Stato di New York aveva definito la *proper cause* necessaria all'ottenimento di una licenza generale a circolare armati dimostrazione di uno «*special need for self-protection distinguishable from that of the general community or of persons engaged in the same profession*», *Kachalsky v. Cnty. of Westchester*, 701 F.3d 81, 86 (2d Cir. 2012).

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

Esauriti i ricorsi nella giurisdizione statale i ricorrenti, con il sostegno dell'associazione *New York State Rifle & Pistol Association*<sup>52</sup>, impugnano il diniego dinanzi al giudice federale lamentando la lesione del II e del XIV emendamento ed ottengono una pronuncia nel merito della Corte suprema che aveva concesso il *certiorari*<sup>53</sup>.

La vicenda processuale del caso *Bruen* viene assunta in un momento di particolare emozione negli Stati Uniti giacché poche settimane prima della pubblicazione della decisione si era verificata in una scuola elementare l'ennesima strage degli innocenti<sup>54</sup> che tanto flagella gli Stati della Federazione americana<sup>55</sup>.

Nonostante tali fermenti, in sede di merito, la decisione *Bruen* diviene per la Corte suprema un'occasione importante per qualificare con maggior chiarezza la portata dei precedenti *Heller* e *McDonald* nel definire il diritto "to bear arms" quale diritto fondamentale pari agli altri ribadendo quanto già affermato nella decisione *McDonald* ovvero che «*The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not "a second-class right, subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees"*»<sup>56</sup>. Così qualificato esso non risulta pertanto sottoponibile, nelle valutazioni giurisprudenziali volte a considerare il bilanciamento fra la compressione nel godimento di tale diritto e l'interesse collettivo, ad un *means-ends scrutiny* (prassi giurisprudenziale che, in relazione

---

<sup>52</sup> Sul ruolo della NRA già precedentemente alla vicenda *Bruen* cfr. M. Waldman, *How the NRA rewrote the Second Amendment*, May 19 th 2014, in *ilpolitico.com*.

<sup>53</sup> La decisione *Bruen* non è invero il primo caso in tema di normativa statale in tema di limitazioni statali all'ottenimento di licenze e porto d'armi. Al 2018 risale ad esempio il caso *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. (2018) riguardante una normativa Californiana che imponeva un'attesa di 10 giorni fra l'acquisto di un'arma da fuoco e l'ottenimento della stessa (al fine di stemperare eventuali propositi violenti emotivi). In quell'occasione la Corte suprema non concesse il *certiorari* e tuttavia Thomas espresse il suo dissenso esplicitamente anticipando la posizione che successivamente assumerà in *Bruen*. Sul punto, cfr. P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un'invettiva del giudice Thomas*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, p. 288 ss. e L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici Commento a New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen, con note minime sulle implicazioni sulla Firearms Tort Litigation negli Stati Uniti*, in *DPCE on line*, 3, 2022, p. 1619 ss.

<sup>54</sup> Ci si riferisce alla strage nella *Robb elementary school* del 24 maggio 2022 in cui hanno perso la vita oltre allo stragista, due maestre e 19 bambini tutti fra i nove e i dieci anni.

<sup>55</sup> Le problematiche connesse alle stragi nel contesto statunitense sono importanti e note e non è una sorpresa che fra gli obiettivi strategici della presidenza Biden alla sua nomina vi fosse anche un punto dedicato al tema del controllo della circolazione delle armi e della riduzione della violenza ad esso collegata. Ci si riferisce al "*Comprehensive Strategy to Prevent and Respond to Gun Crime and Ensure Public Safety*". Cfr. The White House, *Fact Sheet: Biden-Harris Administration Announces Comprehensive Strategy to Prevent and Respond to Gun Crime and Ensure Public Safety*, June 23, 2021, reperibile in <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/23/fact-sheet-biden-harris-administration-announces-comprehensive-strategy-to-prevent-and-respond-to-gun-crime-and-ensure-public-safety/>.

<sup>56</sup> *McDonald*, 561 U. S., at 780 (*plurality opinion*) citazione ripresa in *Bruen, Opinion of the Court*, part IV, pag. 62



Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

al diritto a circolare armati, aveva invece preso piede a partire dalla decisione del 2010)<sup>57</sup> ma deve essere valutato esclusivamente secondo un parametro “storico”<sup>58</sup>.

L'*opinion* di maggioranza considera infatti che se, normalmente, la deferenza nei confronti del legislatore da parte delle Corti è comprensibile, tuttavia, nel caso dello scrutinio concernente il II emendamento, la Costituzione non esige tale approccio quanto invece richiede che il diritto in esso previsto sia efficacemente garantito in quanto esso «*is the very product of an interest balancing by the people*” and it “*surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms*” for self-defense» e dunque «*demands our unqualified deference*»<sup>59</sup>. L'impostazione prescelta dalla maggioranza della Corte conduce dunque ad una valutazione esclusivamente storica dei limiti opponibili al godimento del diritto “*to keep and bear arms*” osservando peraltro che nonostante sia da riconoscere che l'analisi storica può essere complessa «*reliance on history to inform the meaning of constitutional text—especially text meant to codify a pre-existing right—is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to “make difficult empirical judgments” about “the costs and benefits of firearms restrictions,” especially given their “lack [of] expertise*»<sup>60</sup>.

Tale impostazione giurisprudenziale appresta al diritto alle armi nel contesto statunitense una garanzia particolarmente significativa e ne conferma la natura “quasi” indefettibile. Allo stesso momento tale specificazione riduce, ovviamente, il margine di manovra statale nella perimetrazione della disciplina sul tema.

Viepiù la decisione *Bruen* si segnala per l'argomentazione originalista che la caratterizza la quale, partendo da un apparente orientamento collegato alla ricerca dell'*original meaning*, finisce per proporsi come un'indagine sulle *Nation's*

---

<sup>57</sup> Con riguardo alla giurisprudenza statale dello Stato di New York, ad esempio, la sicurezza quale *compelling interest* è trattata quale motivo legittimo di bilanciamento con la libertà di circolare armati in numerose sentenze, fra cui *Schenck v. Pro-Choice Network*, 519 U.S. 357, 376, 117 S.Ct. 855, 137 L.Ed.2d 1 (1997); *Schall v. Martin*, 467 U.S. 253, 264, 104 S.Ct. 2403, 81 L.Ed.2d 207 (1984); *Hodel v. Va. Surface Mining & Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264, 300, 101 S.Ct. 2352, 69 L.Ed.2d 1 (1981); *Kuck v. Danaber*, 600 F.3d 159, 166 (2d Cir.2010), *Kachalsky v. Cnty. of Westchester*, 701 F.3d 81, 97 (2d Cir. 2012). Il giudice Thomas prende atto di questa prassi nell'*opinion* di maggioranza evidenziando come molte Corti d'Appello utilizzino l'*intermediate scrutiny* nella valutazione della legittimità delle leggi limitative del diritto a circolare armati (p. 9 e ss. *Bruen Opinion*).

<sup>58</sup> Il c.d. *means-ends scrutiny*, utilizzato da decenni nella giurisprudenza statunitense nella valutazione del rispetto tanto del *due process* tanto dell'*equal protection*, è stato “ripudiato” in diverse recenti decisioni della Corte suprema federale. Oltre al caso *Bruen* ci si riferisce alla decisione *Dobbs* ma anche *Kennedy v. Bremerton School District* (597 U.S. \_\_\_\_ (2022)) in materia di libertà religiosa. Su tale aspetto cfr. P. Insolera, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1, 2023. Cfr. inoltre, con riguardo specificatamente alla vicenda *Bruen*, L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici*, cit.

<sup>59</sup> *Bruen Opinion*, p.17.

<sup>60</sup> *Bruen Opinion*, p. 16.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

*historical traditions*, intese come continuità di prassi<sup>61</sup>; un'impostazione questa, chiaramente esplicitata da Thomas nella decisione di maggioranza<sup>62</sup> ma aspramente criticata da una consistente parte della dottrina giuridica statunitense che provocatoriamente la definisce “*historical traditionalism*” ipotizzando che a partire dal caso *Bruen* «*Historical tradition might be operating as a new framework for constitutional interpretation and construction that replaces both originalism and living constitutionalism*»<sup>63</sup>.

#### 4. *Le aporie del caso Bruen e l'attivismo giudiziario originalista*

È estremamente significativo che nell'ambito di un *term* della Corte suprema caratterizzato in massima parte da un *trend* orientato alla logica del “*back to States*”<sup>64</sup>, oltre che dalla disarticolazione (o quantomeno dalla lettura restrittiva) di alcuni diritti considerati da tempo elementi parte del nucleo duro dei *personal rights* garantiti dalla Costituzione federale<sup>65</sup>, si approdi invece ad una normativa a garanzia dei diritti fondamentali tutelati unitariamente dal disposto costituzionale federale proprio in un

---

<sup>61</sup> Cfr. sul punto N. Cezzi, “*Le origini sono un inizio che spiega*”. *NYSRPA v. Bruen e il porto d'armi come diritto costituzionale tradizionale*, post del 18 ottobre 2022 reperibile all'url [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>62</sup> «*The government must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation's historical tradition of firearm regulation. Only if a firearm regulation is consistent with this Nation's historical tradition may a court conclude that the individual's conduct falls outside the Second Amendment's "unqualified commands"*, *Bruen case, Opinion of the Court*.

<sup>63</sup> E. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118, 2023, p. 433 ss., spec. p. 466. Critici sull'*Historical Tradition Approach* sono anche M. L. Smith, *Historical Tradition: A Vague, Overconfident, and Malleable Approach to Constitutional Law*, in *Brooklyn Law Review*, 88, 2023, p. 797 e C. Calvert - M.R. Papandrea, *The End of Balancing? Text, History and Tradition in First Amendment Speech Cases after Bruen*, in *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, 18, 2023.

<sup>64</sup> Cfr. *States' Rights Is About to Come Roaring Back*, in *Il Politico* (2 novembre 2022). Reperibile all'url <https://www.politico.com/news/magazine/2022/11/02/the-supreme-courts-deference-to-states-rights-in-dobbs-might-have-been-just-the-start-00064607>. Cfr. anche L. Denniston, *Supreme Court Establishes a Broad New Protection for States' Independence*, (14 maggio 2018) reperibile all'url: <https://constitutioncenter.org/blog/supreme-court-establishes-a-broad-new-protection-for-states-independence>.

<sup>65</sup> Ci si riferisce ad esempio al caso *Dobbs*, pubblicato il giorno successivo alla pubblicazione del caso *Bruen*, il quale con motivazioni simmetriche ed opposte fondate anch'esse su un'esegesi originalista approda alla negazione del diritto federale all'aborto e impone che agli Stati sia nuovamente affidata ogni decisione politico-normativa in merito alla possibilità di interrompere una gravidanza indesiderata ecc. Sul punto cfr. il post di A. Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporazione del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (14 luglio 2022). Cfr. anche L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, cit.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

ambito particolarmente delicato come quello del diritto a circolare armati che ha delle ricadute enormi sulla sicurezza interna statale<sup>66</sup>.

È paradossale, vieppiù, che un emendamento inizialmente adottato (storicamente) per tutelare il potere statale finisca per divenire (attraverso, fra l'altro, una particolarmente spinta interpretazione originalista) un opportuno grimaldello per spogliare gli Stati di porzioni significative di competenza in tema di sicurezza e ordine pubblico.

Difatti, negli ultimi cinquant'anni la Corte suprema si è progressivamente confrontata con quella corrente di pensiero, il *new federalism*, che sostanzialmente stigmatizzava l'eccessiva centralizzazione del potere nel contesto federale statunitense e propugnava un progressivo ritorno alla valorizzazione delle competenze statali considerato, tra l'altro, più correttamente in linea con gli intenti originari del compromesso costituzionale<sup>67</sup>.

La filosofia detta ha radici politiche ambivalenti: essa, collegata, in parte, alla lettura costituzionale propugnata dal Justice Brennan, il *new judicial federalism*, finalizzata alla riscoperta del costituzionalismo statale quale strumento di garanzia dei diritti<sup>68</sup>, ha tuttavia raggiunto gli scranni della Corte suprema anche attraverso la giurisprudenza del giudice Rehnquist<sup>69</sup> (durante la presidenza Nixon) e successivamente, in modo ancora più penetrante, con la nomina del giudice Scalia (da parte del Presidente Reagan) con il quale il tema della necessità di bilanciare il federalismo statunitense meno a favore del centralismo si è fuso con l'approccio esegetico originalista<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Sul punto cfr. S.A. Cornell, *The police power and the Authority to Regulate Firearms in Early America*, Brennan Center for Justice at New York University School of Law, 2021. Reperibile all'url: <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/police-power-and-authority-regulate-firearms-early-america>. Cfr. anche. J. Lowy, K. Sampson, *The Right Not to Be Shot: Public Safety, Private Guns, and the Constellation of Constitutional Liberties*, in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, 2016, p. 187 ss.

<sup>67</sup> Cfr. sul punto L. Cole - D. A. Taebel, *The New Federalism: Promises, Programs and Performances*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 16(1), 1986, p. 3 ss. Al tema del *New Federalism* è in realtà dedicato l'intero numero della rivista citata.

<sup>68</sup> Su cui cfr. W.J. Brennan, *State Constitutions and Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, 90(3), 1977, p. 489 ss. (ove il Giudice affermava con chiarezza: «[r]ediscovery by state supreme courts of the broader protections afforded their own citizens by their state constitutions ... is probably the most important development in constitutional jurisprudence in our time», p. 501). Sul punto cfr. G.A. Tarr, *The Past and Future of New Judicial Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 24, Spring 1994, p. 63 ss.

<sup>69</sup> Il giudice Rehnquist redigette l'*opinion* nel caso *National League of Cities v. Usery*, 426 US 833 (1976) nel quale tentò di rilanciare le prerogative statali nella regolamentazione delle attività economiche. Tale giurisprudenza verrà sconfessata nella successiva sentenza *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 US 528 (1985) ma rappresenta, in ogni caso, un emblematico momento di rinnovato interesse per le competenze federali nel contesto statunitense. Sul punto cfr. D. Kenny - A. Pin, *Sovranità e federalismo*, in G. D'Ignazio, *Il sistema Costituzionale degli Stati Uniti d'America*, 2020, p. 175 ss., spec. 194-200.

<sup>70</sup> Cfr. sul punto A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravviverà a Scalia?*, in *DPCE online*, 1, 2016.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

Fra le numerose decisioni emblematiche di tale evoluzione spicca, nel 1997, il caso *Printz v. US*<sup>71</sup> in cui la Corte suprema, per voce del giudice Scalia, dichiarò illegittima per violazione del X emendamento una normativa federale che imponeva agli amministratori statale dei particolari controlli su coloro che intendevano acquistare un'arma<sup>72</sup>.

Argomentando la decisione, il giudice Scalia richiamava la teoria della “doppia sovranità”<sup>73</sup> per affermare che «Sebbene gli Stati abbiano ceduto molti dei loro poteri al nuovo governo federale, essi conservano “una sovranità residuale ed inviolabile”»<sup>74</sup> e sottolineava come questa separazione dei poteri in senso verticale fosse «una delle tutele strutturali della libertà della Costituzione. “Proprio come la separazione e l'indipendenza dei rami coordinati del governo federale servono a prevenire l'accumulo di potere eccessivo in qualsiasi ramo, un sano equilibrio di potere tra gli Stati e il governo federale ridurrà il rischio di tirannia e abusi da entrambi i fronti”»<sup>75</sup>.

Significativo è il rilievo per cui nello stesso caso *Printz*, il giudice Thomas adottava una *concurring opinion* nella quale, aderendo all'affermazione della libertà di detenere armi come diritto individuale, sottolineava che il II emendamento poteva essere considerato un esempio di disposizione adottata per contenere il potere federale nei confronti dell'autonomia statale<sup>76</sup>.

Il successivo caso *Heller* del 2008 (ove, tra l'altro, Scalia sottolinea i residui perduranti poteri statali in tema di normazione sulla detenzione e circolazione delle armi), può in linea di principio allinearsi in maniera accettabile al precedente *Printz*. Un certo cambiamento nella giurisprudenza sia di Scalia sia di Thomas si avverte invece a partire dalla vicenda *McDonald*, del 2010, nella quale entrambi i giudici sacrificano definitivamente la lettura federalista del II emendamento. Tale passaggio è giustificato, agli occhi di Scalia, dall'evidenza per cui il diritto a portare armi gode di un esplicito fondamento costituzionale (a differenza di altri diritti come quelli garantiti nel caso *Lawrence v. Texas*<sup>77</sup> o *Roe v. Wade*<sup>78</sup> che sono invece fondati su una lettura sostanzialistica della *due process clause*)<sup>79</sup> e l'interpretazione originalista che egli esperisce gli consente

<sup>71</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

<sup>72</sup> Il *primary holding* della decisione *Printz* recita: «The federal government violated the Tenth Amendment when Congress required state and local officials to perform background checks on people buying guns».

<sup>73</sup> «It is incontestable that the Constitution established a system of “dual sovereignty”», *Printz v. United States*, at 918.

<sup>74</sup> *Printz v. United States*, at 918-919.

<sup>75</sup> *Printz v. United States*, at 921.

<sup>76</sup> «The Second Amendment similarly appears to contain an express limitation on the Government's authority», *Printz v. United States*, *Thomas dissenting* at 938.

<sup>77</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

<sup>78</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

<sup>79</sup> Scalia nella sua *concurring opinion* al caso *McDonald*, commentando la *dissenting opinion* di Stevens, afferma: «Justice Stevens also argues that requiring courts to show “respect for the democratic process” should serve as a constraint. *Post*, at 23. That is true, but Justice Stevens would have them show respect in an extraordinary manner. In



paradossalmente di assolutizzarlo dal contesto normativo nel quale la disposizione è scritta<sup>80</sup>.

Tale evoluzione finisce tuttavia per condurre al dispositivo *Bruen* ove il giudice Thomas, compiendo un ulteriore passaggio (apparentemente) logico, considera la difesa personale come diritto fondamentale garantito dal II emendamento ed approda a tale conclusione attraverso una discutibile indagine sull'*original meaning* del diritto a portare armi del II emendamento<sup>81</sup>.

Il diritto a detenere armi e circolare armati viene dunque definito come fondamentale e garantito in relazione al correlato diritto individuale alla sicurezza<sup>82</sup>, non limitabile dalla normativa statale anche se quest'ultima è adottata in funzione della necessità di perseguire l'interesse collettivo alla sicurezza stessa.

In tale dicotomia si esplicita il secondo cortocircuito del caso *Bruen* (ove il primo, come detto, risiede nell'aver spogliato gli Stati di un potere normativo attraverso una clausola costituzionale adottata a tutela degli interessi statali nei confronti della Federazione): la scelta di interpretare la disposizione costituzionale come orientata esclusivamente alla sicurezza individuale (del tutto avulsa da alcun obiettivo di sicurezza collettiva) conduce ad un'interpretazione che tende a privilegiare la sicurezza come valore (perseguitabile individualmente anche mettendo a rischio la sicurezza collettiva) piuttosto che come principio (scelta che richiede più spesso una collaborazione collettiva alla tutela del bene garantito)<sup>83</sup>.

Tali manipolazioni giurisprudenziali del disposto costituzionale non possono non richiamare alla mente alcune riflessioni di Robert Bork, il quale nei primi anni del

---

*his view, if a right "is already being given careful consideration in, and subjected to ongoing calibration by, the States, judicial enforcement may not be appropriate." Ibid. In other words, a right, such as the right to keep and bear arms, that has long been recognized but on which the States are considering restrictions, apparently deserves less protection, while a privilege the political branches (instruments of the democratic process) have withheld entirely and continue to withhold, deserves more. That topsy-turvy approach conveniently accomplishes the objective of ensuring that the rights this Court held protected in Casey, Lawrence, and other such cases fit the theory—but at the cost of insulting rather than respecting the democratic process». McDonald v. Chicago, Scalia Concurring at IB.*

<sup>80</sup>Sul punto si rinvia ai numerosi scritti pubblicati sul n. 7 del 2022 della *Rivista AIC*.

<sup>81</sup>La ricostruzione storica offerta da Thomas nell'opinione di maggioranza è contestata in primo luogo dai giudici dissenzienti e successivamente da ampia parte della dottrina statunitense. Affermano emblematicamente sul punto R. E. Barnett - L.B. Solum, «*the claim is not that the original meaning of the Second Amendment includes a personal right of self-defense. Justice Thomas's opinion says no such thing. The claim is that the content of the right to arms expressed in the text is influenced by its known and widely accepted purpose of facilitating a fundamental unenumerated right of self-defense. So, Justice Thomas concludes that public carrying of firearms is within the scope of the right to bear arms*», *Originalism after Dobbs: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118, 2023, p. 433 ss., spec. p. 464.

<sup>82</sup>Richiamando *Heller*, la Corte suprema nel caso *Bruen* ribadisce più volte che «*The Second Amendment "is the very product of an interest balancing by the people," and it "surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms" for self-defense*», *Bruen case, Syllabus*.

<sup>83</sup>Cfr. sul tema T. Gabor, *The Right of Americans to be Protected from Gun Violence*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 66, 2021, p. 43 ss.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

secondo millennio, evidenziava in America una malattia giudiziaria in relazione a cui denunciava un'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità appartenente al popolo ed ai suoi rappresentanti. Questa situazione produceva, nell'opinione di Bork, una strumentalizzazione dell'attività giudiziaria, trasformata in attivismo, volta ad affermare nell'ordinamento giuridico alcuni valori quando non si ha la forza politica di perseguire i medesimi obiettivi secondo i corretti canali politici propri del circuito democratico. All'epoca, il giudice Bork sosteneva che fosse la c.d. *New class*, ovvero la sinistra culturale, ad essersi impadronita, alla fine degli anni 60, dei principali centri di formazione culturale delle democrazie contemporanee e questo le aveva consentito di aggirare la politica maggioritaria<sup>84</sup>.

Le osservazioni di Bork fanno ad oggi riflettere considerando l'attivismo conservatore dell'attuale Corte Suprema statunitense giacché, mascherato con un ritorno al *self-restraint*, non sembra in effetti meno penetrante del *judicial activism* criticato da Bork<sup>85</sup> e sollecita alcune riflessioni sugli strumenti espliciti o taciti a disposizione del giudice costituzionale nella sua attività di garante costituzionale contro maggioritario.

L'attivismo giudiziario è generalmente collegato al dinamismo interpretativo ed alle proposte esegetiche evolutive improntate alla *living Constitution*<sup>86</sup>. Questi approcci sono stati da sempre aspramente criticati da chi, considerando la necessità che le corti non ledano il principio della separazione dei poteri, ha fatto appello al rigore procedurale in ambito interpretativo<sup>87</sup>. Fra questi spicca certamente il giudice Scalia il quale, a tale proposito, indicava la strada dell'esegesi originalista come la meno pericolosa e la meno ambigua al fine di contenere la politicità dell'attività giudiziaria<sup>88</sup>.

La più recente giurisprudenza federale statunitense non sembra tuttavia confermare questa tesi. L'originalismo si è rivelato difatti, nel tempo, una corrente interpretativa non univoca (distinguibile in diverse accezioni di cui la grande bipartizione fra *original intent* ed *original meaning* è solo un accenno)<sup>89</sup> che, vieppiù, ha progressivamente alimentato una tendenza alla non necessaria conformità al

<sup>84</sup> R.J. Bork, *Corving Virtue*, cit.; cfr. Id., *The Tempting of America: the Political Seduction of Law*, cit.

<sup>85</sup> Sul punto, cfr. K.E. Whittington, *The New Originalism*, in *Georgia Journal of Law and Public Politics*, 2, 2004, p. 599 ss. Per la dottrina italiana P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 281 ss.

<sup>86</sup> Cfr. A. Tobin, *The Warren Court and the Living Constitutionalism*, in *Indian Journal of Law and Social Equality*, 10, 2022, p. 221 ss.

<sup>87</sup> Già immediatamente dopo l'adozione della decisione *Roe* anche la dottrina favorevole alle conclusioni, in fatto, raggiunte in quella decisione si aprì al dibattito sulla necessità di ricondurre la giurisprudenza costituzionale ad un maggior rigore. Cfr. ad esempio G. Gunther, *Foreword: in Search of Evolving Doctrine in a Changing Court: A Model for a New Equal Protection*, in *Harvard Law Review*, 86, 1972, p. 1 ss.; R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, 1977.

<sup>88</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, cit.; Id., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 2018.

<sup>89</sup> R.H. Fallon Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, in *Notre Dame Law Review*, 90, 2015, p. 1753.

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

precedente<sup>90</sup>; ciò, come da più parti evidenziato, l'ha reso una scelta esegetica che garantisce molto poco la stabilità giurisprudenziale<sup>91</sup> ed ha indotto parte della dottrina statunitense a tracciare una distinzione tra il cd. *preservative conservatism*, orientamento dottrinale maggiormente moderato che non intende rinnegare la *modern substantive due process doctrine* ed il cd. *counter revolutionary conservatism*, tendenza dottrinale più radicale alla quale sembrano essere sostanzialmente ascritti alcuni giudici supremi dell'attuale maggioranza<sup>92</sup>.

Il rigore, nello svolgimento del proprio ruolo, consentiva probabilmente al giudice Scalia di contenere le potenzialità (in termini di attivismo giudiziario) dell'approccio interpretativo originalista. Questo non sembra in effetti accadere nella giurisprudenza di Thomas, la quale difatti assume contorni ben più aggressivi e molto meno disciplinati.

In uno dei suoi più famosi scritti Scalia sosteneva che l'originalismo non era una scelta interpretativa perfetta, quanto la meno pericolosa, ed aggiungeva che in alcuni casi richiedeva all'interprete di essere un originalista "dal cuore tenero"<sup>93</sup> per mitigarne le conseguenze più estreme. È in effetti evidente che in assenza di tale forma di moderazione la giurisprudenza originalista è in grado di proporsi come altrettanto incisiva nei contenuti finali delle scelte politiche perseguite nell'ordinamento in cui opera tanto quanto le opzioni esegetiche evolutive dalle quali tenta di prendere le distanze<sup>94</sup>.

La ricostruzione storica operata dalla maggioranza è ampiamente contestata, nella propria *dissenting opinion* sul caso *Bruen*, dal giudice Breyer<sup>95</sup> il quale, soffermandosi

---

<sup>90</sup> Cfr. sul punto J.O. McGinnis - M.B. Rappaport, *Originalism and Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34, 2013, p. 121 ss.; H. P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in *Columbia Law Review*, 88(4), 1988, p. 723 ss. cfr. inoltre J. M. Balkin, *Fedeltà al testo e ai principi*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2019, p. 79 ss. Sull'opinione in merito a tale tematica in particolare del giudice Thomas cfr., per la dottrina italiana N.G. Cezzi, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos - Le Attualità nel Diritto*, 3, 2020.

<sup>91</sup> Sul rapporto tra stabilità giuridica e principio del precedente vincolante cfr. G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di Common law*, Torino, 2020 spec. 199 ss. Cfr. anche J. O. McGinnis - M.B. Rappaport, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, 103, 2009, p. 803 ss.

<sup>92</sup> Sul punto cfr. J. E. Fleming, *Constructing Basic Liberties. A Defense of Substantive Due Process*, London-Chicago, 2022. Il tema è trattato, per la dottrina italiana, da P. Insolera, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica "direzione" dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, cit.

<sup>93</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, cit.

<sup>94</sup> Sul tema si rinvia a T.B. Colby - P. J. Smith, *Living Originalism*, in *Duke Law Journal*, 59(2), 2009, p. 239 ss.; Cfr. anche T.B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *George Washington University Law School*, 99, 2011, p. 713 ss. Sugli elementi di sostanziale contatto fra *living constitutionalism* e originalismo cfr. L.B. Solum, *Originalism v. Living Constitutionalism: the Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, p. 1243 ss. cfr. inoltre M. Tushnet, *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*, New Haven, 2020.

<sup>95</sup> Nella propria *dissenting opinion* Breyer afferma esplicitamente che «*the Court itself demonstrates the practical problems with its history-only approach. In applying that approach to New York's law, the Court fails to*

Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

sul tema dell'interpretazione originalista del II emendamento, esprime importanti dubbi su tale metodologia esegetica a ragione delle scarse qualifiche professionali dei giudici in tale ambito (giacché gli stessi non sono preparati a fare gli storici)<sup>96</sup> e della possibilità che una ricostruzione storica operata a fini motivazionali possa non essere del tutto oggettiva<sup>97</sup>. Anche le osservazioni di Breyer (che nella sua *opinion* offre un'ampia ricostruzione storica della disciplina attinente il diritto *to keep and bear arms* a partire dalla tradizione inglese fino all'epoca contemporanea al fine di dimostrarne la poliedricità) alludono dunque al tema della manipolazione interpretativa attraverso il dato storico, argomento che la dottrina non ha mancato di sottolineare<sup>98</sup> e che si inserisce, ad oggi, nella più ampia questione della conflittualità politica polarizzata che si registra nel contesto statunitense. Ne è testimonianza il fatto che le diverse *lobbies* impegnate al sostegno o al contrasto di determinati orientamenti abbiano, nell'ultimo decennio, investito nel sovvenzionamento di centri di ricerca o nell'istituzione di cattedre universitarie dedicate all'indagine (spesso eminentemente storica) sui temi di loro interesse<sup>99</sup>.

La giurisprudenza sul II emendamento nel suo sviluppo, così come confermato nella decisione *Bruen*, si conferma dunque emblematica di numerosi temi significativi dell'attuale evoluzione politica statunitense: il tema del diritto a circolare armati si offre difatti come questione in relazione a cui si scontrano diversi punti di vista attinenti al modo in cui interpretare il federalismo, il senso e la portata dei diritti fondamentali e, non ultimo, il ruolo della giurisprudenza e la sua deferenza nei confronti del ramo

---

*correctly identify and analyze the relevant historical facts. Only by ignoring an abundance of historical evidence supporting regulations restricting the public carriage of firearms can the Court conclude that New York's law is not "consistent with the Nation's historical tradition of firearm regulation» Bruen case, Justice Breyer dissenting, p. 2.*

<sup>96</sup>«Courts are, after all, staffed by lawyers, not historians. Legal experts typically have little experience answering contested historical questions or applying those answers to resolve contemporary problems», *Bruen case, Justice Breyer dissenting, Bruen case, Justice Breyer dissenting, p. 26.*

<sup>97</sup>«Will the Court's approach permit judges to reach the outcomes they prefer and then cloak those outcomes in the language of history?», *Bruen case, Justice Breyer dissenting, p. 26.*

<sup>98</sup> Cfr. D.T. Hardy, *Lawyers, Historians and 'Law Office History'*, in *Cumberland Law Review*, 46(1), 2015, p. 4; Cfr. L. Solum - R. Barnett, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118(1), 2023; A.O. Larsen, *The Supreme Court Decisions on Guns and Abortion Relied Heavily on History. But Whose History?*, in *Il Politico*, 7 giugno 2022, <https://www.politico.com/news/magazine/2022/07/26/scotus-history-is-from-motivated-advocacygroups-00047249>. Per la dottrina italiana si rinvia al *paper* presentato da L. P. Vanoni, *Amicus curiae e original public meaning: l'uso della storia nelle argomentazioni costituzionali*, al IX Convegno annuale dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo in tema di "Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata", Milano, 15-16 settembre 2023.

<sup>99</sup> Evidenzia L.P. Vanoni, *Amicus curiae e original public meaning*, cit. che nel 2003 la *National Rifle Association* (NRA) ha investito un milione di dollari per istituire la cattedra "*Patrick Henry and Second Amendment*" presso la *George Mason University*, mentre – di converso – la *Joyce Foundation* di Chicago ha stanziato 400.000 dollari per la creazione di un centro di ricerca presso l'*Ohio State University* nonché per organizzare convegni accademici specificamente disegnati per contestare la tesi avversa.



Laura Fabiano

*Originalismo e Judicial Activism nell'interpretazione  
del II emendamento alla Costituzione federale USA*

legislativo. In relazione a quest'ultimo tema, in particolare, il caso *Bruen* evidenzia altresì come l'attività esegetica originalista, spesso sostenuta come stile interpretativo meno capace di offrire spunti per l'attivismo giudiziario rispetto agli stili esegetici evolutivi, risulti in effetti altrettanto penetrante e funzionale, qualora non adeguatamente argomentato, al perseguimento di finalità politiche maggioritarie che, in linea di massima, non competono alla magistratura.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The Second Amendment jurisprudence represents the significant tensions that characterize the current political and social setting in the United States. They have to do with the interpretation of the federal model, the challenging balance between individual liberties and collective interests, and, most importantly, the function of jurisprudence in the unfolding or tangling of such conflicts. In terms of this last point, we are witnessing a progressive manipulative exploitation of exegetical phrase forms, particularly through originalism. Republicans have long accused judges of engaging in excessive political activism. It appears that this complaint can now be directed, in a different but equally important way, at the same political current that targeted evolutionary interpretative methods decades ago.

**KEYWORDS:** II emendamento - Corte Suprema – polarizzazione – originalismo - federalismo

\*\*\*

**Laura Fabiano** – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (laura.fabiano@uniba.it)