



ALBERTO ATELLI*

L'ESSENZIALE È INVISIBILE AGLI OCCHI. IL IX EMENDAMENTO DELLA COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI NELLA STORIA E NELLA CULTURA COSTITUZIONALE

Abstract [It]: Il IX emendamento della Costituzione degli Stati Uniti stabilisce che l'enumerazione di determinati diritti non può essere interpretata nel senso di negare o svilire gli altri diritti spettanti al popolo. Nonostante la sua apparente chiarezza, la disposizione ha alimentato per oltre due secoli un dibattito dottrinale e giurisprudenziale irrisolto. Il presente contributo ne ripercorre le vicende storiche, dal momento costituyente fino alla recente sentenza *Dobbs*, e analizza le principali teorie elaborate dalla scienza costituzionalistica statunitense: il IX emendamento quale clausola di contenimento del potere federale, quale canone ermeneutico e quale fonte di diritti non enumerati. Si propone, infine, una riflessione sul rapporto tra federalismo e tutela dei diritti fondamentali.

Abstract [En]: The Ninth Amendment to the United States Constitution provides that the enumeration of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. Despite its apparent clarity, this provision has fuelled an unresolved doctrinal and jurisprudential debate for over two centuries. This article traces its historical development, from the founding moment to the recent *Dobbs* decision, and analyses the main theories advanced by American constitutional scholarship: the Ninth Amendment as a clause limiting federal power, as a canon of constitutional interpretation, and as a source of unenumerated rights. A concluding reflection is offered on the relationship between federalism and the protection of fundamental rights.

Parole chiave: IX emendamento, Diritti non enumerati, *Bill of Rights*, Interpretazione costituzionale, Federalismo statunitense.

Keywords: Ninth Amendment, Unenumerated Rights, Bill of Rights, Constitutional Interpretation, American Federalism.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Un enigma irrisolto. – 2. Profili storici tra testo e contesto. – 2.1. La fase genetica e il IX emendamento fino al New Deal. – 2.2. La ‘riscoperta’ del IX emendamento da parte della giurisprudenza della Corte suprema nel XX secolo. – 3. Sulla natura del IX emendamento. – 3.1. Una premessa di metodo. – 3.2. Il IX emendamento come clausola di garanzia federale. – 3.3. Il IX emendamento come norma sull’interpretazione. – 3.4. Il IX emendamento come strumento di riconoscimento dei nuovi ‘diritti’. – 4. Conclusioni. Il IX emendamento, *Dobbs* e i diritti nel federalismo.

* Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa – Università Luiss Guido Carli.

** Contributo sottoposto a *peer-review*. L’A. intende rivolgere un sincero ringraziamento ad Angelo Jr Golia, Andrea Ridolfi e Chiara Gentile per i preziosi suggerimenti.

1. Introduzione. Un enigma irrisolto

Il IX emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America recita così: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people». Il suo tenore letterale, ad una prima lettura chiaro e conciso, si è però dimostrato una disposizione enigmatica¹ e la sua oscurità alimenta ancora un antico dibattito tra gli studiosi d'oltreoceano. Un enigma, come si vedrà, fitto e foriero di contrasti che trovano il loro radicamento nella tradizione filosofico-politica degli Stati Uniti. Il ricco confronto dottrinale lambisce diversi nodi centrali della scienza giuspubblicistica come, ad esempio, il rapporto tra poteri pubblici e diritti, la 'scoperta' di diritti non enumerati nel testo delle carte costituzionali e la distribuzione dei pubblici poteri in un ordinamento federale, solo per citarne alcuni. I percorsi di ricerca che si presentano di fronte a chi si accinge a trattare del IX emendamento sono molteplici ed è quindi richiesta una delimitazione precisa del perimetro di ricerca. Verrà dato conto del ruolo che esso occupa nella sistematica del diritto costituzionale statunitense, guardando tanto al testo, e alle sue interpretazioni, quanto al contesto, e alle vicende di cui si è trovato protagonista.

L'intenzione è di porre, in un primo momento, il IX emendamento in prospettiva storica, a partire dal suo momento genetico a cavallo tra gli anni '80 e '90 del diciottesimo secolo fino ai tempi più recenti, passando per tornanti decisivi come la *Reconstruction Era* o il *New Deal*. Il dato diacronico, pur non potendo essere qui riportato che in chiave sinottica, ha il pregio di mettere in luce la diversità dei modi di interpretare ed applicare il IX emendamento nelle diverse stagioni degli oltre due secoli di storia costituzionale statunitense.

Quanto viene restituito all'osservatore odierno è un quadro estremamente complesso e frammentato e se è pur vero che l'emendamento ha conosciuto momenti di maggiore o minor credito, non è mai del tutto uscito dal dibattito e anzi, oggi, alle teorie più risalenti si sono sommati orientamenti più recenti senza che le prime siano uscite di scena. E sarà dunque su queste teorie, che si sono sedimentate nel tempo, che ci si concentrerà in un secondo momento. Lo si farà, riportando le tesi della dottrina costituzionalistica statunitense intorno a tre nodi concettuali: in primo luogo, se la funzione del IX emendamento, insieme a, o quantomeno in stretto collegamento con il X emendamento, sia una clausola di garanzia per gli Stati nei confronti del potere federale; poi, avendo riguardo alla funzione del IX emendamento quale norma sull'interpretazione; infine, se il IX emendamento possa fungere da clausola aperta attraverso cui scoprire e riconoscere 'nuovi diritti'.

Sia concessa una sintetica dichiarazione d'intenti circa questo contributo. Come prima considerazione, si intende ribadire l'assenza di una pretesa di completezza della presente disamina: il tema, sconfinato nella sua dimensione giuridica e con proiezioni su altri campi

¹ S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 1/1988, vol. LXIV, 143.

di ricerca come l'etica e la filosofia politica, si presta in questa sede ad una preliminare trattazione selettiva. Chiarita questa scelta, si intende rivelare l'intento dell'opera, per quanto esso possa apparire già sufficientemente manifesto. Se la dottrina (e ancora prima la giurisprudenza) statunitense si era apparentemente 'dimenticata' del IX emendamento, è pur vero che il ritorno di questa disposizione nel dibattito ha animato una vivace discussione, tuttora aperta², tra i costituzionalisti statunitensi. Allo stesso modo, il 'problema' dei diritti non enumerati in Costituzione rimane rilevante ed attuale nella giuspubblicistica italiana. A tal proposito, si può forse accennare a un parallelo ideale con l'art. 2 della Costituzione italiana, disposizione che, come il IX emendamento, è stata spesso letta come una 'clausola aperta'³ a tutela di diritti non espressamente enumerati. Ecco, dunque, che richiamare l'attenzione sul IX emendamento, al netto dell'unicità dell'esperienza costituzionale statunitense e della distanza che intercorre tra i due ordinamenti, il nostro e il loro, può essere fonte di nuove idee e prospettive, o almeno questo è l'auspicio di chi scrive.

2. Profili storici tra testo e contesto

2.1. La fase genetica e il IX emendamento fino al New Deal

Il primo documento avente natura costituzionale degli Stati Uniti d'America, gli *Articles of Confederation*, adottati dal Secondo Congresso Continentale il 15 novembre 1777 a Philadelphia ed entrati in vigore il primo giorno di marzo del 1781, era sprovvisto di un *Bill of Rights*. L'assenza di un catalogo di diritti risultava coerente con la forma di stato che veniva così ad esistenza⁴, attribuendo all'organo comune della Confederazione, il Congresso Continentale, un numero limitato di competenze relative alla politica militare, estera, fiscale e commerciale. Rimanevano, invece, nella piena ed esclusiva disponibilità degli Stati il riconoscimento e la tutela dei diritti⁵. Come noto, il modello politico-costituzionale disegnato dagli *Articles of Confederation* entrò ben presto in crisi di fronte ad

² Non a caso, L. M. SEIDMAN, *Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism*, in *California Law Review*, n. 6/2010, vol. XCVIII, 2158, ha descritto questo emendamento come un «constitutional jester», ovvero un giullare costituzionale, intendendo sottolineare, con ciò, come questa criptica previsione si faccia beffe degli studiosi che si affannano ad attribuirgli un dato significato.

³ A. BARBERA, *Commento dell'art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, Zanichelli, 1975, 81, ragiona di un «canale di collegamento con il diritto naturale». F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 6, si esprime nel senso del riconoscimento, attraverso l'art. 2 Cost., «della anteriorità dei diritti della persona (dignità umana) e delle comunità sociali (pluralismo sociale) nei confronti dello Stato». Diversa è la tesi di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale: Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, 3ª ed., 20-32, spec. 27, per cui sarebbe possibile interpretare l'articolo come fattispecie aperta nel caso in cui ciò non si risolva in una restrizione dei diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione.

⁴ Ha analiticamente descritto la forma di stato federativa che ha contraddistinto gli Stati Uniti nei suoi primissimi anni di esistenza S. ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Torino, Giappichelli, 1993, 88 ss.

⁵ R. L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, in *Virginia Law Review*, n. 2/1983, vol. LXIX, 236.

una pluralità di fattori quali il perdurante impegno bellico, l'erezione di barriere protezionistiche tra gli Stati e il disinteresse di quest'ultimi verso l'istituzione confederale, formalmente denominata *United States in Congress Assembled*⁶. Al fine di superare le difficoltà che erano emerse, apparve necessaria una revisione degli *Articles of Confederation* e già il 25 maggio 1787 si riuniva per la prima volta, sempre a Philadelphia, la *Constitutional Convention*.

Ancor prima di entrare nel dettaglio delle vicende della costituente, appare opportuno ricordare il contesto culturale in cui si trovarono ad operare i *Framers*, profondamente radicato nella cultura giusnaturalistica britannica di cui John Locke era l'esponente più noto⁷. Paradossalmente, però, il diritto naturale a cui questi si rifacevano era, per così dire, positivizzato⁸ nelle glosse del *corpus* di *common law*⁹ quali gli *Institutes of the Laws of England* della prima metà del diciassettesimo secolo, a cura di Edward Coke o, ancor di più, essendo anche temporalmente più prossima ai costituenti, nella principale opera di codificazione della *common law*¹⁰, i *Commentaries on the Laws of England* di William Blackstone, pubblicati a Oxford tra il 1765 e il 1769. Questi ultimi rappresentano il primo, titanico, tentativo di sistematizzazione della *common law* con aspirazioni di completezza. I *Commentaries* divennero molto noti ed influenti, essendo contraddistinti da una ampia diffusione¹¹ e da una relativa semplicità che li rendeva accessibili anche a coloro che erano sprovvisti di specifiche competenze tecnico-giuridiche¹². L'importanza dei *Commentaries* in quell'epoca si evince anche dal fatto che tra i giudici, ve n'erano molti che si servivano dei *Commentaries* per identificare la regola di diritto utile a risolvere la controversia¹³.

Nel merito, ci sono due categorie dogmatiche che assurgono ad una posizione preminente nella esemplificazione del lascito blackstoniano nel nono emendamento: la *natural liberty* e la *natural law*. Il giurista inglese, infatti, identifica gli «*absolute rights of security, liberty, and property*» come quei diritti fondamentali che fondano strutturalmente la libertà di natura¹⁴. Nella tesi di Blackstone il diritto naturale è lo strumento necessario e strumentale a garantire al singolo il godimento della sua libertà naturale¹⁵, pertanto, come emerge con chiarezza anche dalla scelta di utilizzare l'aggettivazione *retained* nel IX emendamento, si allude non alla concessione o al riconoscimento, bensì a diritti che esisterebbero, appunto, in natura e su un piano pregiuridico. Si deve dunque comprendere che il prezzo da pagare,

⁶ Così la ricostruzione di S. ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., 114–117.

⁷ S. D. GERBER, *To Secure These Rights: The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation*, New York, New York University Press, 1995, 30–33; C. R. MASSEY, *Federalism and Fundamental Rights: The Ninth Amendment*, in *Hastings Law Journal*, n. 2/1987, vol. XXXVIII, 314.

⁸ J. F. KELLEY, *The Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, in *University of Chicago Law Review*, 1966, vol. XXXIII, 833. Oltre ad essere positivizzato, era anche possibile determinare con sufficiente chiarezza quali fossero i 'diritti naturali', come nota J. ROSEN, *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?*, in *Yale Law Journal*, n. 4/1991, vol. C, 1078 ss.

⁹ J. D. JACKSON, *Blackstone's Ninth Amendment: A Historical Common Law Baseline for the Interpretation of Unenumerated Rights*, in *Oklahoma Law Review*, n. 2/2010, vol. LXII, 200–212.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ivi*, 202.

¹² *Ivi*, 201–202.

¹³ *Ivi*, 184–185.

¹⁴ G. P. CARRASCO, P. W. RODINO JR., "Unalienable Rights", the Preamble, and the Ninth Amendment: The Spirit of the Constitution, in *Seton Hall Law Review*, nn. 2–3/1989–1990, vol. XX, 507.

¹⁵ *Ibidem*.

qualora non si voglia rinunciare alla libertà naturale, consiste nell'accettazione dell'esistenza di un governo che sia in grado di garantire i diritti e che sia legittimato dal popolo¹⁶. Come è stato osservato, si può dunque rintracciare un filo diretto tra l'antica *common law* e il successivo IX emendamento che, in un certo qual senso, è finito per diventare contenitore e garanzia della prima¹⁷, anche se il IX emendamento è l'unica previsione del *Bill of Rights* che non trova antecedenti simili né nella tradizione di *common law*, né negli *Articles of Confederation*¹⁸.

Venendo alle vicende del *framing* costituzionale, com'è noto, i due schieramenti principali che si fronteggiarono nella fase costituente e in questo clima culturale, furono i *Federalists* e gli *Antifederalists*¹⁹: i primi sostenendo la necessità di transitare verso una forma di Stato unitaria di tipo federale, mentre i secondi si ergevano a paladini della libertà degli Stati e della loro primazia sugli organi comuni della Federazione. Tra le tante, una delle argomentazioni più forti su cui si fondava l'opposizione degli *Antifederalists* alla nuova Costituzione era proprio l'assenza di un catalogo di diritti²⁰. Seppur il partito che uscì vincente dall'agone della costituente non furono gli *Antifederalists*, la preoccupazione di quest'ultimi circa l'assenza di un elenco di diritti avrebbe comunque trovato riscontro nei dodici emendamenti che vennero poi approvati il 25 settembre 1789. Tanto è, che risulta interessante osservare come due celeberrimi *Federalists*, Alexander Hamilton e James Madison, vennero a trovarsi a sostenere tesi opposte. Il primo, con l'intento di assicurare sull'omissione di un *Bill of Rights*²¹, si premurava di mettere in luce i pericoli legati ad un elenco che, correndo il rischio di essere incompleto, sarebbe stato «not only unnecessary in the proposed Constitution, but would even be dangerous»²², mettendo così in guardia dal pericolo che discende dal vietare un potere che mai era stato concesso, né si intendeva concedere, al potere centrale²³. Madison, dal canto suo, sembrò prestare maggiore ascolto a quella «doubting part of our fellow citizens»²⁴ che vedeva nella Costituzione priva di un elenco di diritti una minaccia ai diritti radicati nella tradizione degli Stati e nella *Common Law*²⁵. Si prodigò, quindi, davanti al Congresso per l'approvazione degli emendamenti che

¹⁶ *Ibidem*, citando il Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 404-405 (1819): «The government of the Union ... is, emphatically, and truly, a government of the people. In form and in substance it emanates from them. Its powers are granted by them, and are to be exercised ... for their benefit».

¹⁷ Il nesso in parola è evidenziato da C. C. MEANS, *The Phoenix of Abolitional Freedom: Is a Penumbra or Ninth Amendment Right About to Arise from the Nineteenth-Century Legislative Ashes of a Fourteenth-Century Common-Law Liberty*, in *New York Law Forum*, n. 2/1971, vol. XVII, 362 ss.

¹⁸ T. B. MCAFEE, *The Original Meaning of the Ninth Amendment*, in *Columbia Law Review*, n. 5/1990, vol. XC, 1227.

¹⁹ J. F. KELLEY, *The Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, cit., 817, nota 16, fornisce una definizione essenziale ma precisa di queste due categorie, chiarendo che «A Federalist is one who favored the ratification of the Constitution; an Antifederalist is one who for any reason opposed the new system of government embodied in the Constitution».

²⁰ S. SLONIM, *Forging the American Nation, 1787-1791*, New York, Palgrave Macmillan, 2017, 105.

²¹ B. B. PATTERSON, *Forgotten Ninth Amendment: A Call for Legislative and Judicial Recognition of Rights under Social Conditions of Today*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1955, 9.

²² A. HAMILTON, *The Federalist No. 84*, 28 maggio 1788.

²³ *Ibidem*.

²⁴ T. LLOYD (a cura di), *The Congressional Register; or, History of the Proceedings and Debates of the First House of Representatives* (2 voll.; New York, 1789; Evans 22203-4), vol. I, 418-419 (riportato anche in *Gazette of the U.S.*, 10 giugno 1789).

²⁵ R. L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 253.

tuttora costituiscono il nucleo originario del *Bill of Rights*²⁶. Quali siano le ragioni, per così dire, di contingenza politica che hanno condotto all'adozione del *Bill of Rights*, e dunque di neutralizzazione delle tesi degli *Antifederalists*²⁷, è manifesto. D'altronde, si può convenire con Kelley²⁸ che per i *Federalists* accettare il *Bill of Rights*, *recte* prometterne la futura discussione, fosse un prezzo equo da pagare per ottenere in cambio la ratifica della nuova Costituzione.

Quanto allo specifico fine a cui è sotteso il IX emendamento, si può dire in termini generali che è quello di evitare che il catalogo dei diritti enumerati possa essere letto secondo la massima *expressio unius est exclusio alterius*²⁹. La funzione specifica che questo emendamento debba assolvere è questione dibattibile e ampiamente dibattuta. Se sia una clausola di limitazione dei poteri federali, piuttosto che regola di costruzione ermeneutica o fonte di nuovi diritti, si dirà più avanti. Per il momento ci si asterrà dal trattare le possibili ricostruzioni delle intenzioni dei *Framers*. Piuttosto, si può osservare sin da subito come le proposte di emendamento presentate da alcuni Stati³⁰ tra cui New York, North Carolina e Virginia³¹, esercitarono una notevole importanza nel *drafting* del IX emendamento. Attraverso queste ultime si giunse ad una prima formulazione: «The exceptions here or elsewhere in the constitution, made in favor of particular rights, shall not be so construed as to diminish the just importance of other rights retained by the people, or as to enlarge the powers delegated by the constitution; but either as actual limitations of such powers, or as inserted merely for greater caution»³². Interessante notare come il testo poi definitivamente approvato non solo sia ben più conciso, ma anche come siano stati espunti i riferimenti ai regimi derogatori di favore in Costituzione così come il riferimento ai poteri delegati dagli Stati alla Federazione. Il 15 dicembre 1791 il *Bill of Rights* veniva promulgato e da quel giorno il testo del IX emendamento è rimasto immutato³³, legando le sue sorti all'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza.

²⁶ T. B. MCAFEE, *The Original Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 1236.

²⁷ J. F. KELLEY, *The Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, cit., 820.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ G. P. CARRASCO, P. W. RODINO JR., «Unalienable Rights», *the Preamble, and the Ninth Amendment*, cit., 502.

³⁰ K. T. LASH, *The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment*, in *Texas Law Review*, n. 2/2004, vol. LXXXIII, 355 ss.

³¹ J. F. KELLEY, *The Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, cit., 820, nota 25, ritiene che la diciassettesima proposta di emendamento sia, probabilmente, il modello originario del IX emendamento. La proposta, che si trova in J. ELLIOT, *The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution*, vol. 3, 1827, 448–449, ed è consultabile su <http://oll.libertyfund.org/title/1907>, prevede «That those clauses which declare that Congress shall not exercise certain powers, be not interpreted, in any manner whatsoever, to extend the powers of Congress; but that they be construed either as making exceptions to the specified powers where this shall be the case, or otherwise, as inserted merely for greater caution».

³² *Annals of Congress*, 1st Congress (4 March 1789 – 3 March 1791), 8 June 1789, 452, disponibile su: <https://www.congress.gov/annals-of-congress/page-headings/1st-congress/amendments-to-the-constitution/23>.

³³ Sono mutate nel tempo, invece, diverse costituzioni statali andando ad includere quelli che sono stati graziosamente definiti i «Baby Ninth Amendments». Ne offre una completa ricostruzione in chiave diacronica A. B. SANDERS, *Baby Ninth Amendments. How Americans Embraced Unenumerated Rights and Why It Matters*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2023.

Da questo punto in poi, la storiografia ufficiale del IX emendamento lo ha dipinto come una previsione dimenticata³⁴, nulla più di un relitto arenato nel testo della Costituzione. Questo mito è stato sfatato solo in tempi recenti da Kurt T. Lash³⁵, il quale ha dimostrato che l'oblio del IX emendamento non ha inizio che con il *New Deal*, a partire dal quale il IX e il X emendamento vengono derubricati a semplici verità lapalissiane³⁶. Lash nota, inoltre, come il IX sia stato usato, nel periodo fino al New Deal, non come clausola aperta per il riconoscimento di nuovi diritti bensì come strumento di tutela delle prerogative degli Stati³⁷.

L'epoca di maggiore utilizzo del IX emendamento, cioè fino agli anni '30 del secolo scorso, è sicuramente meritevole di qualche ulteriore considerazione. Seguendo la periodizzazione proposta da Lash, possiamo notare che in un primo momento, cioè fino ai *Reconstruction Amendments* successivi alla Guerra Civile, il IX emendamento era inteso pacificamente come norma di contenimento del potere federale³⁸. Emerge chiaramente anche nella famosa (ed *infamous*) sentenza *Dred Scott v. Sandford* (1857) che confermò l'esclusione degli afroamericani dalla cittadinanza e dai relativi diritti. Il Justice John A. Campbell, nella sua opinione concorrente ritenne che il potere federale era sprovvisto del potere di interferire con gli affari statali al punto da vietare la schiavitù, dal momento che «[...] the Ninth and Tenth Amendments to the Constitution were designed to include the reserved rights of the States, and the people, within all the sanctions of that instrument, and to bind the authorities, State and Federal, by the judicial oath it prescribes, to their recognition and observance»³⁹. Con l'entrata in vigore dei *Reconstruction Amendments* in seguito alla Guerra Civile, e in particolar modo del XIV, il IX emendamento venne ad assumere una natura anfibia quale, a seconda dei casi, norma sui limiti delle prerogative federali o norma sul riconoscimento di diritti non enumerati⁴⁰. Si comprende dunque, chiaramente, come le varie teorie che sono state avanzate sul significato del IX emendamento possano trovare conferma in singoli precedenti ma è proprio per questo che il quadro d'insieme relativo a questo lungo periodo restituisce un senso di incertezza.

Venendo ancora oltre, il momento decisivo nell'abbandono del IX emendamento è stato identificato nel 1937, anno in cui Franklin D. Roosevelt annunciò il *Judicial Procedures Reform Bill*, comunemente noto come *court-packing plan*. In sintesi, l'iniziativa, poi non realizzatasi, prevedeva la possibilità per il Presidente di nominare fino a sei ulteriori giudici della Corte Suprema per ciascun componente che avesse compiuto settant'anni. Si ritiene che la motivazione di Roosevelt fosse di indebolire una Corte Suprema che aveva dichiarato incostituzionali diverse disposizioni legislative attuative delle politiche del New Deal,

³⁴ L'opera che ha alimentato l'idea, proponendosi peraltro di riscoprire questo emendamento, è quella di B. B. PATTERSON, *Forgotten Ninth Amendment*, cit.

³⁵ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, in *Texas Law Review*, n. 3/2005, vol. LXXXIII.

³⁶ *Ivi*, 602.

³⁷ *Ivi*, *passim*.

³⁸ *Ivi*, 642-643.

³⁹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), 511.

⁴⁰ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 643 ss.

ponendo un freno alla spinta centripeta di questo programma⁴¹. In risposta a questo attacco frontale alla Corte Suprema, quest'ultima effettuò un *revirement* mostrandosi più incline a non ostacolare l'espansione del potere federale e, di conseguenza, relegando ai margini il IX e il X emendamento⁴².

2.2. La 'riscoperta' del IX emendamento da parte della giurisprudenza della Corte suprema nel XX secolo

Se la riscoperta dottrinale del IX emendamento si può attribuire a Bennett B. Patterson con il saggio dal titolo *The Forgotten Ninth Amendment* nel 1955, occorrerà attendere altri dieci anni affinché fosse il Justice Arthur Goldberg a riscoprire, in sede giurisdizionale, l'emendamento nel celebre caso *Griswold v. Connecticut*. La questione di diritto verteva sulla libertà delle coppie sposate di fare uso di contraccettivi e fu decisa il 7 giugno 1965 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, con una maggioranza di sette voti a due, nel senso di dichiarare incostituzionale la norma dello Stato del Connecticut che precludeva alle coppie unite in matrimonio di ricorrere agli anticoncezionali. Ciò che rese tanto discussa la sentenza in esame, e che interessa maggiormente ai fini di questa ricerca, è l'opinione concorrente del giudice Arthur J. Goldberg. Questi, infatti, pur concordando con la *Majority Opinion* del Justice William O. Douglas, che sia da individuare nel XIV emendamento il parametro violato nel caso di specie⁴³, scorge nel perimetro del IX emendamento l'esistenza di «fundamental personal rights such as this one, which are protected from abridgment by the Government, though not specifically mentioned in the Constitution»⁴⁴, tra i quali nulla di meno che lo stesso diritto alla privacy. Goldberg, peraltro, contribuì ad avvalorare il falso mito dell'emendamento dimenticato elaborato da Bennett B. Patterson, non solo citandone l'opera del 1955 alla *Footnote 6*, ma anche sostenendo che «this Court has had little occasion to interpret the Ninth Amendment»⁴⁵ e ignorando la giurisprudenza che nel tempo si era fondata sul IX⁴⁶. Il Giudice afferma che, sulla base delle sue conoscenze, il IX emendamento non è stato adoperato che in tre occasioni: in *United Public Workers v. Mitchell*⁴⁷ (1947), *Tennessee Electric Power Co. v. TVA* (1939) e *Ashwander v. TVA*⁴⁸ (1936). L'errore di Goldberg è veramente esorbitante dal

⁴¹ A. BADAS, *Policy Disagreement and Judicial Legitimacy: Evidence from the 1937 Court-Packing Plan*, in *The Journal of Legal Studies*, n. 2/2019, vol. XLVIII, 384 ss.

⁴² K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 688-689.

⁴³ J. F. KELLEY, *The Uncertain Renaissance of the Ninth Amendment*, cit., 832.

⁴⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), 496.

⁴⁵ *Ivi*, 490.

⁴⁶ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 710.

⁴⁷ Qui, la *plurality opinion* di STANLEY F. REED riconosce, seppur come mero *obiter dictum*, che i diritti politici trovano un fondamento nel IX e nel X emendamento.

⁴⁸ In questa pronuncia emerge con chiarezza il sostegno, o quanto meno la condiscendenza, della Corte Hughes, negli anni del New Deal, nei confronti dell'espansione del potere federale. Il Chief Justice Charles E. Hughes, relatore dell'opinione maggioritaria, infatti, ha offerto una lettura alquanto riduttiva della portata del IX emendamento (così come del X), sostenendo che «[...] the Ninth Amendment (which petitioners also invoke) in insuring the

momento che la stessa fonte da cui attinge, cioè il saggio di Patterson, menziona un numero di casi in cui la Corte Suprema ha fatto ricorso al IX emendamento, superiore ai tre citati da Goldberg⁴⁹. Ben più accurato risulta essere il Goldberg 'originalista', il quale, dopo aver messo in parallelo il XIV emendamento con il IX come clausole di protezione di diritti non enumerati, afferma riguardo al IX, e qui emerge in purezza la portata innovativa della tesi di Goldberg, che «the Framers of the Constitution believed that there are additional fundamental rights, protected from governmental infringement, which exist alongside those fundamental rights specifically mentioned in the first eight constitutional amendments»⁵⁰. Il Giudice, poi, prosegue col giustificare questa sua affermazione con rinvii puntuali a Madison e ad alcuni suoi autorevoli interlocutori⁵¹.

Tra i colleghi di Goldberg vi fu, poi, chi, come il Giudice Hugo L. Black, nella sua opinione dissenziente, schernì la 'riscoperta' del IX emendamento di Goldberg e tacciò lo stesso di aver travisato grossolanamente il vero significato della norma, ovvero sia di argine ai poteri del governo federale, che sarebbe apparsa chiara, a suo dire, persino ad un qualunque studente di storia⁵². L'opinione di Black, che forse non aveva tutti i torti quanto all'accuratezza storica della tesi di Goldberg, fu comunque oggetto di forti critiche perché, in sostanza, invitava a non considerare il Nono Emendamento nel caso in esame⁵³. Black respinse la lettura innovativa di Goldberg, aderendo invece a un'interpretazione più tradizionale del IX emendamento, intendendo questo come clausola limitativa del potere federale *vis-à-vis* le prerogative degli Stati. Black metteva in guardia, poi, dall'interpretazione offerta da Goldberg, sostenendo che questa potrebbe avere l'effetto perverso di invertire quella che è la *ratio* della norma e creerebbe «a weapon of federal power to prevent state legislatures from passing laws they consider appropriate to govern local affairs»⁵⁴. Ad avviso dello scrivente, però, la sferzata di Black non sembra cogliere nel segno perché l'invito ad ignorare questo emendamento è viziato dall'equivoco che Goldberg volesse fondare il suo ragionamento su questa norma⁵⁵ piuttosto che sul XIV emendamento, come effettivamente fece. In termini altrettanto caustici si esprime il *Justice* Potter Stewart che, dopo aver rimarcato la natura di *truismo* del IX emendamento, sostenne che usare il IX emendamento per dichiarare incostituzionale una legge approvata dai rappresentanti democraticamente eletti in uno Stato, avrebbe lasciato perplesso lo stesso John Madison⁵⁶.

Ad ogni modo, poche settimane dopo la definizione di questa controversia, Goldberg prese la «disastrous decision»⁵⁷ di dimettersi dalla Corte Suprema per accettare il ruolo di

maintenance of the rights retained by the people does not withdraw the rights which are expressly granted to the Federal Government».

⁴⁹ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 710.

⁵⁰ *Griswold v. Connecticut*, cit., 493.

⁵¹ K. T. LASH, *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 238.

⁵² *Griswold v. Connecticut*, cit., 520.

⁵³ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 712.

⁵⁴ *Griswold v. Connecticut*, cit., 520.

⁵⁵ GOLDBERG, infatti, è inequivocabile nell'affermare che «Nor do I mean to state that the Ninth Amendment constitutes an independent source of rights protected from infringement by either the States or the Federal Government».

⁵⁶ *Griswold v. Connecticut*, cit., 529-530.

⁵⁷ S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, cit., 134.

Ambasciatore degli Stati Uniti presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Le sue dimissioni sono state definite 'disastrose' a causa del disinteresse dimostrato dai suoi successori alla Corte Suprema per il IX emendamento, che tornò così nel suo lungo letargo per riaffiorare saltuariamente e mai in maniera decisiva. Otto anni dopo, la Corte Suprema fu chiamata a confrontarsi con un caso che rappresenta una vera pietra miliare nel lungo cammino della giurisprudenza costituzionale statunitense: *Roe v. Wade* del 1973. In particolare, ciò che qui risulta d'interesse, è il fatto che la *District Court* da cui proveniva il caso aveva ancorato al IX emendamento (di nuovo attraverso il XIV) il «fundamental right of single women and married persons to choose whether to have children is protected»⁵⁸, tesi poi non accolta dalla Corte Suprema che ritenne, in un'altra sentenza pubblicata lo stesso giorno di *Roe v. Wade*, che «The Ninth Amendment obviously does not create federally enforceable rights»⁵⁹.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza successiva, ci si accorge come il IX emendamento, pur non uscendo del tutto di scena, sia finito ai margini. È da segnalare un altro caso, definito dalla sentenza *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* nel 1980 riguardante il diritto di assistere ai processi penali da parte del pubblico e della stampa, in cui una opinione, pur concorrente e minoritaria, della Corte Suprema fondò il riconoscimento di un diritto in maniera diretta sul IX emendamento⁶⁰. Il IX emendamento è stato richiamato, polemicamente e a presidio dell'approccio originalista, anche da Antonin Scalia nei casi *Planned Parenthood v. Casey*⁶¹ (1992) e nella *dissenting opinion* nel caso *Troxel v. Granville*⁶² (2000). Da questo momento in poi, il IX emendamento scompare dalla giurisprudenza della Corte Suprema e ritorna, una volta ancora, in letargo. Anche il tentativo, in tempi più recenti, di impennare il contenzioso climatico strategico sul IX emendamento si è risolto in un fallimento⁶³.

Un caso curioso che, pur non riguardando una vicenda giudiziaria, sembra meritevole di essere riportato e che esemplifica chiaramente come il IX emendamento sia stato e continui ad essere fonte di disaccordi non solo dottrinali ma anche politici, riguarda la mancata approvazione da parte del Senato della nomina di Robert Bork⁶⁴ alla Corte Suprema nel

⁵⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁹ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 210 (1973), opinione concorrente del Giudice DOUGLAS.

⁶⁰ *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), 579–580, nonché il commento di L. H. TRIBE, M. C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1ª ed., 1991, 54–55. Fortemente critica la *dissenting opinion* del Giudice BLACKMUN che accusava i colleghi di aver fatto ricorso ad un «potpourri» di fonti costituzionali.

⁶¹ Per SCALIA, interpretare il IX emendamento quale clausola di riconoscimento di nuovi diritti, equivarrebbe a renderlo «a literally boundless source of additional, unnamed, unhinted-at “rights”, definable and enforceable by us, through “reasoned judgment”».

⁶² SCALIA puntualizza che «the Constitution's refusal to “deny or disparage” other rights is far removed from affirming anyone of them, and even further removed from authorizing judges to identify what they might be, and to enforce the judges' list against laws duly enacted by the people».

⁶³ *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

⁶⁴ Il pensiero di R. H. BORK è caratterizzato da una critica radicale del *judicial activism*, che inserisce nella cornice di un più ampio disegno politico da parte di quella che lui chiama «New Class», ovvero l'élite *liberal* degli intellettuali. Ne dà conto nel suo *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington D.C., The AEI Press, 2003, spec. 79 ss.

1987. Le audizioni⁶⁵ di Bork, nominato da Reagan, che condussero poi alla sua bocciatura da parte del *plenum* del Senato con un chiaro 58-42, rimangono una pagina significativa della storia recente degli Stati Uniti. Una dichiarazione che fece scalpore e incontrò accese rimostreanze da parte di molti senatori è la similitudine evocata da Bork, che paragonò il IX emendamento ad una macchia d'inchiostro⁶⁶. Con ciò voleva intendere che di fronte a questo emendamento, che per quanto dimenticato, ciò nondimeno aveva profondamente inquietato e diviso i giudici e ancor di più la dottrina, nell'impossibilità di attribuirgli un significato esatto, l'unica via che rimanesse all'interprete fosse quella di ignorare la previsione⁶⁷. Le conseguenze per Bork, di questa affermazione, sono già state dette e dunque la mancata conferma della sua candidatura a *Justice* della Corte Suprema da parte del Senato. Lo stesso, amareggiato dalla vicenda, si dimise da giudice della Corte d'Appello federale per il Circuito del *District of Columbia* l'anno successivo.

La storia del IX emendamento, permette di trarre alcune considerazioni. La prima è che tale disposizione è frutto di un compromesso, raggiunto in sede costituente, volto a rasserenare quanti temevano che, a causa dell'inevitabile finitezza di un catalogo di diritti, i diritti non ivi inclusi non avrebbero trovato tutela. Quali siano, poi, questi diritti, o meglio, dove possano essere rintracciati, è la *vexata quaestio* a cui ancora non è stata data una risposta definitiva. Quello che piuttosto merita di essere sottolineato è che ai tempi del *framing* la cultura giuridica nordamericana era fortemente influenzata dalla tradizione di *common law* e dal pensiero giusnaturalista, per cui si riteneva pacifico che esistessero una serie di diritti 'di natura' ed inalienabili. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, almeno fino al New Deal, le sorti del IX emendamento sono state legate a quelle del suo gemello, il X emendamento, come scudo dei poteri statali avverso le incursioni del potere federale. Il New Deal ha rappresentato il canto del cigno di questa interpretazione 'antifederalista' del IX emendamento che è stato sacrificato sull'altare di un periodo storico caratterizzato da forti spinte centripete. Parlare di rinascita del IX emendamento nella seconda metà del XX secolo sembra eccessivo. Più aderente alla realtà è un ritorno sulla scena di questo emendamento ma solo attraverso timidi ed episodici rinvii da parte della Corte Suprema, non mancando peraltro diversi suoi detrattori all'interno della stessa. Il dibattito, invece, è fiorito in letteratura dove agli approdi interpretativi più radicati nella tradizione giurisprudenziale, se ne sono aggiunti altri più innovativi. Si tratta dunque di riportare con ordine questi orientamenti.

⁶⁵ Il secondo paragrafo della Sezione II dell'Articolo 2 della Costituzione statunitense prevede che «[T]he [President] [...] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint [...] Judges of the supreme Court, [...]». Se il potere di nomina dei Giudici della Corte suprema sia esercitato congiuntamente dal Presidente e dal Senato oppure sia un potere esclusivamente presidenziale, è dibattuto. Per una disamina delle varie teorie che sono state proposte, si veda D. S. COHEN, *Do Your Duty (!)(?) The Distribution of Power in the Appointments Clause*, in *Virginia Law Review*, n. 4/2017, vol. CIII, 673–733.

⁶⁶ *Nomination of Robert H. Bork to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Senate Committee on the Judiciary*, 100° Congresso, 1987, 248-249 (dichiarazione del giudice ROBERT H. BORK).

⁶⁷ L. M. SEIDMAN, *Our Unsettled Ninth Amendment*, cit., 2151. J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 2020, 41, definisce «healthy» il netto rifiuto di Bork a adoperare il IX emendamento in assenza di «a principled approach to judicial enforcement of the Constitution's open-ended provisions» che riesca ad essere coerente con la democrazia rappresentativa.

3. Sulla natura del IX emendamento

3.1. Una premessa di metodo

Se il IX emendamento continua ad essere avvolto dall'oscurità, ciò è dovuto in larga parte al fatto che l'intento dei Padri Fondatori risulta tutt'altro che palese sul punto e che l'emendamento in parola ha svolto un ruolo alquanto marginale nella giurisprudenza della Corte Suprema. Ma, forse proprio perché le due fonti di interpretazione più autorevoli del diritto costituzionale statunitense non sono riuscite a fornire risposte definitive, il dibattito nella scienza giuspubblicistica è stato intenso e variegato. Se è vero che il IX emendamento è lo «stepchild»⁶⁸ della Costituzione statunitense, deve aver mosso sufficientemente a compassione gli studiosi per essersi visto dedicare, a partire dalla seconda metà del XX secolo (soprattutto dopo il caso *Griswold*), una mole copiosa di letteratura.

Riportare isolatamente le tesi dei singoli autori sarebbe poco utile e peccherebbe di asistematicità, per cui si ritiene di non potersi sottrarre ad una categorizzazione. Una tale operazione, però, comporta il rischio di scadere nell'arbitrarietà. Ciò non toglie che la stessa dottrina si sia occupata di elaborare partizioni di vario genere che trovano tutte dei validi fondamenti, pur scontando i limiti di una prospettiva interna al dibattito con i relativi dubbi di oggettività che possono sorgere. *Ex multis*, si può fare riferimento alle distinzioni tra originalisti e non-originalisti, tra massimalisti e minimalisti⁶⁹, tra i sostenitori della «rights-power conception» e quelli della «power-constraint conception»⁷⁰ oppure tra chi intende i diritti di cui al IX emendamento come «affirmative» piuttosto che «residual»⁷¹, e si potrebbe continuare. Tra tutte le ricostruzioni sistematiche delle diverse correnti di pensiero in dottrina la più puntuale tra quelle recenti appare essere quella di A. B. Sanders nella sua monografia sui *Baby Ninth Amendments*, i «piccoli» IX emendamenti degli Stati. Sanders individua sette filoni dottrinali⁷², di cui cinque originalisti e due non originalisti, e osserva che alcuni non sono in necessaria contraddizione tra di loro. Pur dovendosi riconoscere che tutti questi tentativi di classificazione delle varie teorie hanno dei notevoli pregi quanto a chiarezza e coerenza, si procederà in maniera ancora diversa.

Si può ritenere, semplificando quanto è lecito farlo, che siano tre le tesi più accreditate sulla natura, gli effetti e le funzioni assolute dal IX emendamento e che tutte le varie categorie che sono state elaborate, siano in qualche modo riconducibili a queste. La prima, che d'ora in poi chiameremo «antifederalista» è quella che vede nel IX emendamento una clausola di garanzia degli Stati dal potere federale. La seconda individua nell'emendamento una regola

⁶⁸ S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, cit., 134.

⁶⁹ L. ALEXANDER, *Book Review: The Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*, Edited by Randy E. Barnett, in *Constitutional Commentary*, 1990, vol. VII, 397 ss.

⁷⁰ R. E. BARNETT, *Two Conceptions of the Ninth Amendment*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1989, vol. XII, 29-41.

⁷¹ T. B. MCAFFEE, *The Original Meaning of the Ninth Amendment*, cit., *passim*.

⁷² A. B. SANDERS, *Baby Ninth Amendments*, cit., 22-27. SANDERS prende dichiaratamente le mosse dalla categorizzazione pentapartita operata da R. E. BARNETT, *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, in *Texas Law Review*, n. 1/2006, vol. LXXXV, 11-21.

di costruzione interpretativa, il che può poi condurre a diversi esiti. La terza, infine, raccoglie quelle posizioni che ritengono che il IX emendamento sia una fonte da cui possano fluire nuovi diritti.

3.2. Il IX emendamento come clausola di garanzia federale

In ogni ordinamento giuridico appartenente alla vasta famiglia delle Federazioni, la questione della distribuzione delle competenze viene ad assumere un'importanza capitale. Anche nei sistemi più marcatamente duali, cioè in cui vi è una netta separazione tra le competenze federali e quelle degli Stati membri, rimane una zona grigia che è opportuno colmare con delle clausole di flessibilità e altre di garanzia. Nella delicata fase di transizione tra l'ordinamento federativo degli *Articles of Confederation* e lo Stato unitario federale, che equivale a dire la parentesi del *framing* della Costituzione, tale tema era avvertito. Per cui, i costituenti affiancarono all'enumerazione dei poteri federali una disposizione che permetteva una lettura funzionale e teleologica dei poteri enumerati della federazione e un'altra che tutelava espressamente lo spazio di autonomia degli Stati. La prima, che è nota come *Necessary and Proper Clause*, si trova all'Articolo I, Sezione 8, e stabilisce che «The Congress shall have Power [...] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof». L'altra, ovverosia il X emendamento, invece, prevede che «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people». La tensione insita nel combinato disposto di queste due norme venne a galla già pochi mesi dopo la ratifica della Costituzione in occasione della proposta di stabilire una banca nazionale⁷³. I fautori di questa iniziativa, a partire da Hamilton, che allora rivestiva la carica di Segretario del Tesoro, ritenevano che un tale potere fosse desumibile dalla *Necessary and Proper Clause*⁷⁴. Dall'altro lato, gli oppositori, tra cui Jefferson e Madison, argomentarono che l'esercizio di un siffatto potere sarebbe stato possibile attraverso un'interpretazione eccessivamente permissiva della clausola che avrebbe garantito «an unlimited discretion to Congress»⁷⁵, dal momento che un tale potere non era manifestamente riconducibile ad uno dei poteri enumerati dalla Costituzione⁷⁶. Seppur il IX emendamento non venisse esplicitamente menzionato da Madison, la dottrina che sostiene la natura 'antifederalista' dell'emendamento, ha ritenuto

⁷³ K. T. LASH, *The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 384.

⁷⁴ *Ivi*, 384.

⁷⁵ J. MADISON, *The Bank Bill, House of Representatives*, 2 febbraio 1791, in *The Papers of James Madison*, vol. XIII, 376–378, disponibile su https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s9.html.

⁷⁶ K. T. LASH, *The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 389-390.

che il suo discorso poggiasse sul IX e sul X emendamento⁷⁷ (anche questo non citato direttamente).

Ed è infatti su un rapporto di stretta complementarità tra questi due emendamenti che si fonda la teoria antifederalista⁷⁸. In che modo, poi, operi concretamente questa complementarità tra i due emendamenti non è del tutto pacifico tra quanti aderiscono a tale orientamento. Russell L. Caplan, ad esempio, ha affermato che il IX emendamento è posto a garanzia delle Costituzioni e delle leggi degli Stati⁷⁹, riaffermando così che i poteri non delegati al momento dell'entrata in vigore della Costituzione restavano saldamente ancorati negli Stati⁸⁰. Il X emendamento, d'altra parte, svolgerebbe una funzione essenzialmente prospettica «allowing the states to legislate, to revise their constitutions, and in general to engage in appropriate governmental operations»⁸¹. Lash, invece, ritiene che il X emendamento assolvere il compito di evitare che la Federazione usurpi poteri che non le sono stati espressamente conferiti e il IX che questi ultimi non siano interpretati in una maniera oltremodo espansiva⁸². Un altro orientamento ancora, quello di Akhil R. Amar, valorizza l'uso del termine *people* nel IX emendamento derivandone che i diritti protetti da questa disposizione avrebbero natura di diritti collettivi dei popoli degli Stati⁸³. Non, invece, diritti individuali⁸⁴.

Occorre ammettere che, pur rimanendo l'intenzione dei costituenti aperta ad una pluralità di interpretazioni circa il IX emendamento, anche solo in chiave antifederalista, risulta fattuale che la Corte Suprema, almeno fino al New Deal, abbia costantemente applicato il IX emendamento come una clausola di contenimento dei poteri federali⁸⁵.

Infatti, al netto delle specifiche declinazioni proposte dai diversi autori, l'interpretazione antifederalista del IX emendamento era a tal punto radicata che riuscì a passare più o meno indenne la tempesta della Guerra Civile, da cui la Federazione uscì fortemente rafforzata rispetto agli Stati. Un buon esempio da riportare può essere la celebre sentenza *Slaughter-House Cases* emessa dalla Corte Suprema nel 1873. La controversia verteva su una legge dello Stato della Louisiana che, per fronteggiare le drammatiche condizioni igieniche dei mattatoi di New Orleans, aveva disposto la creazione di una società con il compito di

⁷⁷ *Ivi*, 390-391. *Contra*, v. R. E. BARNETT (a cura di), *Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*, Fairfax, George Mason University Press, 1989, 15, il quale intende il discorso di MADISON come una difesa delle libertà *individuali* attraverso il IX emendamento.

⁷⁸ Il ponte tra le due disposizioni sarebbe dato anche dal fatto che *'people'*, in entrambe, si riferisca al popolo degli Stati, così K. T. LASH, *Three Myths of the Ninth Amendment*, in *Drake Law Review*, n. 4/2008, vol. LVI, 883 ss.

⁷⁹ Della stessa opinione anche C. R. MASSEY, *The Anti-Federalist Ninth Amendment and Its Implications for State Constitutional Law*, in *Wisconsin Law Review*, 1990, 1245 ss; *Id.*, *Silent Rights: The Ninth Amendment and the Constitution's Unenumerated Rights*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, 124 ss; T. B. MCAFEE, *Federalism and the Protection of Rights: The Modern Ninth Amendment's Spreading Confusion*, in *BYU Law Review*, n. 2/1996, 373 ss.

⁸⁰ R. L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 264.

⁸¹ *Ivi*, 264.

⁸² K. T. LASH, *The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 390-391. Tale interpretazione del IX emendamento, quale limitazione del novero di mezzi sottesi all'esercizio di un potere federale enumerato, sembra echeggiare la «Power-Constraint» Conception of Constitutional Rights» teorizzata da R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, in *Cornell Law Review*, n. 1/1988, vol. LXXIV, 11 ss.

⁸³ AKHIL R. AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998, 119 ss.

⁸⁴ *Ivi*, 119-120. *Contra*, v. R. E. BARNETT, *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, cit., 34-38.

⁸⁵ Lo si evince chiaramente dalla puntuale rassegna di giurisprudenza sul IX emendamento di K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 2005.

regolare il mercato della macellazione. L'iniziativa non piacque ai macellai di New Orleans che sostenevano che la norma statale violasse il loro diritto al lavoro protetto, a loro dire, dal XIV emendamento⁸⁶, uno dei *Reconstruction Amendments* entrati in vigore dopo la Guerra Civile. L'opinione di maggioranza del *Justice* Samuel Freeman Miller diede un'interpretazione particolarmente restrittiva del XIV emendamento sostenendo che questo non potesse trovare applicazione nel caso particolare perché, anche se «Under the pressure of all the excited feeling growing out of the war, our statesmen have still believed that the existence of the State with powers for domestic and local government, including the regulation of civil rights-the rights of person and of property-was essential to the perfect working of our complex form of government»⁸⁷. Se è pur vero che il IX e il X emendamento non sono citati direttamente nel testo, è stato sostenuto che entrambi sarebbero sottesi al messaggio di Miller per cui i rapporti di forza tra Federazione e Stati sarebbero mutati dopo la Guerra Civile e l'entrata in vigore dei *Reconstruction Amendments* pur rimanendo immutati i principi federali che reggono il peculiare e complesso tipo di Stato statunitense⁸⁸. In altri termini, il XIV emendamento non prevale ma entra in bilanciamento con il IX e il X, i due «twin guardians of federalism»⁸⁹.

Ma appare ad ogni modo veritiera l'affermazione di Caplan⁹⁰, secondo il quale l'interpretazione antifederalista, pur se fosse quella corretta in prospettiva originalista, sarebbe stata comunque consegnata alla storia dal duplice moto di federalizzazione e costituzionalizzazione caratterizzante la storia degli Stati Uniti, o così pareva logico pensare. Questo anche e soprattutto perché gli Stati avrebbero smesso di ergersi a presidii di libertà per diventarne, piuttosto, i principali ostacoli, come testimoniato esemplarmente dalle vicende del movimento dei diritti civili⁹¹.

3.3. Il IX emendamento come norma sull'interpretazione

Ogni teoria che sia stata mai formulata sul IX emendamento presuppone un'interpretazione, nemmeno Bork avrebbe potuto negare, prima di aver dichiarato il IX emendamento come una macchia d'inchiostro, di averlo interpretato come tale. In questo paragrafo, tuttavia, ci si occuperà di quegli orientamenti che hanno ricondotto il IX emendamento alla categoria delle norme sull'interpretazione. Un primo, necessario, *caveat*

⁸⁶ La Sezione I prevede che «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

⁸⁷ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872), 82.

⁸⁸ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 60-661. Particolarmente critico su questa dicotomia è A. LAMPARELLO, *Fundamental Unenumerated Rights Under the Ninth Amendment and the Privileges or Immunities Clause*, in *Akron Law Review*, n. 1/2015, vol. XLIX, 197-198., sostenendo che permetta agli Stati «to disregard fundamental liberties enumerated in the Constitution and implied by the federal courts».

⁸⁹ K. T. LASH, *The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment*, cit., 661.

⁹⁰ R. L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, cit., 264 ss.

⁹¹ *Ivi*, 265 ss.

è che le tesi che qui si sono raccolte sono eterogenee tra di loro. Logicamente, essere d'accordo sul fatto che il IX emendamento sia un parametro interpretativo, non equivale a dire che ci sia unanimità in quanto al suo funzionamento o alla latitudine delle interpretazioni concesse. Si rende, poi, necessario giustificare la distinzione tra gli autori qui presi in considerazione e quelli di cui si dirà nel prossimo paragrafo in relazione ai 'nuovi diritti'. Infatti, anche i secondi ritengono, così come i primi, che il IX emendamento sia un parametro interpretativo. Ma ciò che li distingue è, per così dire, il *locus* in cui individuare gli *unenumerated rights* di cui al IX emendamento. Le teorie a cui si guarderà in questa sezione, sono accomunate dal ritenere che quegli *unenumerated rights*, pur non essendo espressamente previsti, non possano prescindere dal diritto positivo. Anzi, è tra le pieghe del diritto positivo e attraverso la lente del IX emendamento che si possono, forse, individuare questi diritti innominati. Nel caso dei sostenitori della teoria dei nuovi diritti, invece, questo agirebbe da clausola che rinvia a fonti extra-testuali come il diritto naturale, la morale o la razionalità.

Il minimo comune denominatore per tutti gli autori che saranno di seguito considerati è che il IX emendamento sia «one provision that does indeed serve as a direct instruction to readers about how they are to construe the [Constitution]»⁹². È questa la tesi di un maestro del diritto costituzionale statunitense come Laurence H. Tribe sulla funzione del IX: una bussola su come interpretare *tutta* la Costituzione⁹³. Si comprende, dunque che l'accento sia posto proprio sull'enumerazione, o meglio su come (non) interpretare l'inevitabile finitezza del catalogo di diritti contenuto nel *Bill of Rights*. In altri termini, si tratterebbe di adoperare il IX emendamento come uno scandaglio per individuare, al di sotto della superficie del testo, questi diritti non enumerati. Fuor di metafora, la chiave per decifrare l'enigma del IX emendamento consisterebbe nel ricercare quei diritti all'interno del diritto positivo della Costituzione. Non si devono scoprire nuovi diritti o immetterne di nuovi dall'esterno della Costituzione, ma piuttosto è opportuno ritenere, con un'inevitabile doppia negazione, che l'assenza di un diritto tra quelli enumerati non vuol dire che questo non trovi implicitamente tutela all'interno dei diritti esplicitati nel *Bill of Rights*⁹⁴. Ma non è il IX, da solo, a tutelare questi diritti non enumerati, in tal caso, Tribe rientrerebbe tra i fautori del IX emendamento come fonte di nuovi diritti. Piuttosto, egli ritiene che la disposizione possa spiegare i suoi effetti solo appoggiandosi, in combinato disposto, su un'altra disposizione costituzionale⁹⁵. A tal proposito, Tribe ritiene particolarmente illuminante l'interazione tra il IX e il XIV emendamento per come tratteggiata da Goldberg nel caso *Griswold*. Sarebbe dunque corretta l'argomentazione per cui il diritto alla *privacy* delle coppie sposate si possa desumere dalla parola *liberty* nel XIV

⁹² L. H. TRIBE, *Comment*, in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 78.

⁹³ Secondo ID., *Contrasting Constitutional Visions: Of Real and Unreal Differences*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 1/1987, vol. XXII, 109, anche il X emendamento è norma sull'interpretazione della Costituzione nella sua interezza.

⁹⁴ *Ivi*, 107.

⁹⁵ *Ivi*, 101.

emendamento letto alla luce del IX⁹⁶. Una regola di costruzione ermeneutica che lega insieme i diritti enumerati e che previene il rischio che gli interstizi tra di essi possano essere riempiti indebitamente dai poteri⁹⁷.

Un altro orientamento valorizza la funzione del IX emendamento quale clausola equitativa. Michael W. McConnell, ponendo particolare enfasi sul termine *retained* nel IX emendamento, fonda la sua proposta interpretativa sull'ascendenza lockiana di questa disposizione⁹⁸. Seguendo tale linea di ragionamento, gli 'altri diritti' a cui fa riferimento il IX emendamento sarebbero semplicemente il diritto naturale che non ha trovato positivizzazione all'interno del *Bill of Rights*. Il IX emendamento non fungerebbe, dunque, né da parametro interpretativo sulle altre norme costituzionali, come vuole Tribe, né come clausola libera per individuare nuovi diritti costituzionali da fonti extratestuali. Piuttosto, la norma opererebbe quale clausola equitativa sulla scorta di quanto teorizzato a suo tempo da William Blackstone con riferimento al rapporto tra *statutory law* e *common law*. Tenendo conto che di regola il diritto positivo prevale sulla *common law*⁹⁹, Blackstone invitava di conseguenza l'interprete a leggere la norma positiva in modo da evitare conflitti con i diritti naturali¹⁰⁰. Traslando sul IX emendamento questa tecnica equitativa, essa opererebbe in concreto come 'presunzione di libertà' e non come costituzionalizzazione del diritto non enumerato¹⁰¹. Più nel dettaglio, l'interprete dovrebbe leggere la norma positiva (non di rango costituzionale) in maniera conforme al diritto naturale, ma solo se la norma non dichiara espressamente di non comprimere il diritto non enumerato. Secondo l'Autore, questo approccio che tutela il diritto non enumerato in assenza di un «clear statement»¹⁰² di senso contrario risulta fedele al testo e alla storia del IX emendamento¹⁰³ ponendosi in posizione intermedia tra coloro che tendono a ignorare del tutto la disposizione e coloro che ne danno un'interpretazione eccessivamente ampia che possa avallare una deriva di imperialismo giudiziario¹⁰⁴.

Particolarmente critico ed eclettico è poi l'approccio seguito da Jo E. Lind che propone di utilizzare il IX emendamento come uno strumento di mediazione tra i due paradigmi di libertà e comunità. L'autrice sostiene che questa dicotomia non solo non sia necessaria ritenendola anzi come limitante «the American constitutional imagination»¹⁰⁵. L'Autrice intende dire, più precisamente, che la Corte Suprema, ostaggio di questa dicotomia, non

⁹⁶ *Ibidem*. La stessa lettura del caso *Griswold*, a cui TRIBE rinvia in nota, è stata data precedentemente anche da L. KUTNER, *The Neglected Ninth Amendment: the "Other Rights" Retained by the People*, in *Marquette Law Review*, n. 2/1967, vol. LI, 128 ss.

⁹⁷ L. W. DUNBAR, *James Madison and the Ninth Amendment*, in *Virginia Law Review*, n. 5/1956, vol. XLII, 643.

⁹⁸ M. W. MCCONNELL, *The Ninth Amendment in Light of Text and History*, in *Cato Supreme Court Review*, 2010, 15–17.

⁹⁹ Ciò in virtù dell'assolutizzazione della sovranità parlamentare, tanto che l'assemblea legislativa avrebbe «no superior on earth». Così, *Ivi*, 19, che a sua volta cita W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, 53, disponibile su: <https://lonang.com/wp-content/download/Blackstone-CommentariesBk1.pdf>.

¹⁰⁰ M. W. MCCONNELL, *The Ninth Amendment in Light of Text and History*, cit., 21.

¹⁰¹ A. B. SANDERS, *Baby Ninth Amendments*, cit., 25.

¹⁰² M. W. MCCONNELL, *The Ninth Amendment in Light of Text and History*, cit., 18.

¹⁰³ *Ivi*, 27.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ J. E. LIND, *Liberty, Community, and the Ninth Amendment*, in *Ohio State Law Journal*, n. 5/1993, vol. LIV, 1261.

sarebbe riuscita a sviluppare alcun «coherent account, theory, or approach for selecting from all the possible unenumerated rights those that ought to be designated as fundamental and judicially enforced»¹⁰⁶. Lind individua tra le ragioni di questa frattura, non la timidezza o l'incapacità dei giudici, bensì una precisa volontà dei settori dominanti della comunità politica di arginare il cambiamento sociale¹⁰⁷.

La prospettiva da cui Lind muove è manifestamente militante e propone una sintesi tra pragmatismo 'moderno', socialdemocrazia di matrice aristotelica e comunitarismo liberale, come possibile via per liberare quella creatività costituzionale così a lungo costretta¹⁰⁸. Sulla base di queste premesse teoriche e di contesto, il IX emendamento dovrebbe assumere, nelle intenzioni dell'Autrice, una funzione per così dire 'chiarificatrice' delle tensioni valoriali tra concezioni individualistiche e comunitariste sottese ad ogni questione che ha ad oggetto i diritti fondamentali¹⁰⁹. Ciò non perché una delle due concezioni prevalga sull'altra, nonostante Lind non nasconda una sua inclinazione per la concezione comunitarista; l'auspicio dell'Autrice è che possa fiorire un dialogo fruttuoso e senza tensioni latenti, anche e soprattutto nell'interesse dei gruppi più vulnerabili e marginalizzati al fine di contemperare il giusto equilibrio tra istanze del singolo e quelle della comunità nel suo insieme¹¹⁰.

Infine, troviamo le tesi particolarmente caute di Sanford Levinson. Questo Autore, infatti, dimostra grande scetticismo nei confronti di chi dichiara di aver trovato il significato univoco e autentico da attribuire al IX emendamento. Un punto importante, nella sua disamina della traiettoria storica di questo emendamento nella giurisprudenza, è l'osservazione che su questo emendamento, così come sul il XIV, graverebbe l'eredità di precedenti tanto importanti quanto scomodi. Il XIV scontrerebbe ancora, così, l'interpretazione restrittiva che ne è stata data a suo tempo nella sentenza relativa agli *Slaughterhouse cases*¹¹¹, mentre il IX dovrebbe fare i conti con la giurisprudenza sulla schiavitù, tra cui *Dred Scott*¹¹², i cui esiti interpretativi non possono essere cancellati con un colpo di spugna. Ed è proprio in virtù di questo passato scomodo che Levinson relativizza il metodo originalista¹¹³ e si orienta verso una teoria contemporanea del IX emendamento.

Sostiene che un modo fruttuoso di impiegare la disposizione potrebbe essere quella di inserire nello strumentario della Corte Suprema una sorta di potere di rinvio della legislazione lesiva dei diritti non enumerati, potendo a quel punto il legislatore approvare

¹⁰⁶ *Ivi*, 1268.

¹⁰⁷ *Ivi*, 1271. Pare opportuno rilevare, come fa J. KINCAID, *Dal federalismo cooperativo al federalismo coercitivo*, in G. MIGLIO (a cura di), *Federalismi falsi e degenerati*, Milano, Sperling & Kupfer, 1997, 100–101, che passi importanti nella tutela dei diritti civili negli Stati Uniti avvennero non tanto in via pretoria, quanto attraverso meccanismi di 'federalismo cooperativo'.

¹⁰⁸ J. E. LIND, *Liberty, Community, and the Ninth Amendment*, cit., 1301 ss.

¹⁰⁹ *Ivi*, 1322.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, cit., 146, la definisce addirittura una «smelly carcass».

¹¹² *Ivi*, 152–153.

¹¹³ *Ivi*, 153–154.

nuovamente la legge solo dopo «a sober second look»¹¹⁴. Risulta opportuno chiarire che Levinson, nel formulare la sua proposta, non la ritiene frutto dell'unica e vera interpretazione possibile del IX emendamento¹¹⁵ e neanche si avventura sul periglioso terreno della definizione di questi 'altri' diritti non enumerati. Ma la polisemia del IX emendamento non deve portare a liquidarlo come una macchia d'inchiostro inintelligibile, né a cercarvi verità assolute da 'pietra filosofale' ma a interrogarsi su quale contributo, seppur limitato, possa dare allo «standard repertoire of arguments by which we daily reconstruct the actual meaning of living within the embrace of the Constitution»¹¹⁶.

Si comprende che gli orientamenti che leggono il IX emendamento come parametro interpretativo sono tra loro piuttosto differenziati. Ancora una volta vale la pena, però, evidenziare il tratto comune, che è l'intendimento di non poter utilizzare il IX emendamento come una disposizione isolata che permetta all'interprete di tracciare il confine tra le competenze della Federazione e quelle degli Stati, né di individuare nuovi diritti al di fuori del dato positivo. Tribe pone la lente focale del IX sopra le altre disposizioni costituzionali, *rectius* la Costituzione nella sua interezza, altri, come Levinson e McConnell ci suggeriscono di interpretare le norme di rango subcostituzionale alla luce del IX emendamento ma giungendo ad esiti diversi quanto agli effetti che essa produce: una sorta di veto sospensivo da parte della Corte Suprema, ad opinione del primo; un'interpretazione equitativa della norma, per il secondo. Lind, non senza una buona dose di attivismo e originalità, teorizza invece che il IX emendamento possa assolvere un fine di giustizia sociale ed essere utile a ricucire la frattura tra istanze di libertà individuale e di comunitarismo.

3.4. Il IX emendamento come strumento di riconoscimento dei nuovi 'diritti'

Veniamo dunque a quelle posizioni dottrinali che ritengono che il IX emendamento sia, tendenzialmente da solo, in grado di permettere all'interprete di immettere nuovi diritti nell'ordinamento costituzionale. Anche in questo caso, sono necessarie alcune brevi notazioni preliminari.

La prima osservazione riguarda il rapporto tra il IX emendamento e le altre norme, costituzionali e non. Gli autori di cui si è detto nel paragrafo precedente, i teorici del IX emendamento come parametro interpretativo, indicavano il luogo in cui individuare i diritti non enumerati in norme diverse da questa disposizione. Si può dire, così, che quei diritti sono da trovare al di fuori del IX emendamento ma attraverso quest'ultimo. Nelle teorie che si tratteranno qui, i termini dell'equazione si invertono. La fonte da cui fluiscono detti diritti è direttamente il IX emendamento e, al limite, norme diverse potranno essere intese

¹¹⁴ *Ivi*, 158-159, il quale a sua volta riprende le tesi di A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, 165-166.

¹¹⁵ S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, cit., 158-159.

¹¹⁶ *Ivi*, 160-161.

come indizi dell'esistenza di un determinato diritto all'interno del perimetro del IX emendamento. Nulla di più e nulla di meno.

Un'ulteriore considerazione è che gli autori che appartengono a questa corrente non sono concordi su quali diritti o categorie si possano far derivare dal IX emendamento. Se l'orientamento maggioritario vuole che il IX emendamento sia letto in chiave libertaria e che da questo si possano enucleare solo diritti di libertà, c'è anche chi ha sostenuto che possono trovare cittadinanza in questa norma anche diritti che implicano un intervento positivo da parte dei pubblici poteri.

La terza, ed ultima, puntualizzazione verte sul metodo. Dal momento che i fautori di questa interpretazione si allontanano dagli appigli testuali per avventurarsi nel regno del diritto naturale e dell'etica, diventa inevitabile attrezzarsi con uno strumentario metodologico adatto e chiaro. Essere in grado di spiegare perché questo e non quel diritto trovi riconoscimento e tutela nel IX emendamento diventa così un esercizio ineludibile.

Poste queste dovute premesse, occorre rispondere all'interrogativo circa quali diritti trovano tutela nel IX emendamento. Anche qui il quadro si presenta molto variegato. Una prima contrapposizione verte sulla natura dei diritti, di cui al IX emendamento, quali diritti individuali o diritti collettivi. La tesi dei diritti collettivi, proposta con sfumature di senso diverse da Lash e Amar, è stata inserita in questa trattazione all'interno del *genus* delle teorie 'antifederaliste' sulla natura del IX emendamento¹¹⁷. Questo orientamento ha incontrato una forte critica da parte di Randy E. Barnett che, impiegando il metodo originalista, ritiene inconfutabilmente che la dimensione dei diritti non enumerati a cui fa riferimento il IX emendamento sarebbe quella individuale¹¹⁸. Questo perché, secondo Barnett, la prospettiva dei *framers* era quella di un diritto naturale che fonda i diritti del singolo e non invece i diritti collettivi di cui dispongono i popoli dei singoli Stati¹¹⁹. Ma anche tenendo conto delle sole tesi che riconducono al IX emendamento i diritti individuali, vi è chi ritiene che la tutela sia da limitare esclusivamente ai diritti di libertà e chi, invece, la estende anche a (alcuni) diritti sociali. Barnett, ad esempio, ritiene che sia coperta dalla tutela costituzionale offerta dal IX emendamento «the liberty to acquire, use, enjoy and dispose of property»¹²⁰ e dunque i diritti, per così dire, della sfera economica, mentre esclude categoricamente i diritti ad una prestazione sociale, che si potrebbero desumere solo da un'interpretazione ingiustificatamente ampia della disposizione¹²¹. Altrove, si è sostenuto che il diritto di detenere armi, se il secondo emendamento non fosse mai esistito¹²², avrebbe comunque incontrato una tutela tra i diritti non enumerati di cui al IX emendamento.

Come si anticipava, non manca una parte della dottrina che ritiene che il IX emendamento possa essere fonte di diritti positivi. Charles Black ha proposto una lettura

¹¹⁷ *Supra*, paragrafo 3.2.

¹¹⁸ R. E. BARNETT, *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, cit., spec. 33 ss.

¹¹⁹ *Ivi*, *passim*.

¹²⁰ R. E. BARNETT, *Who's Afraid of Unenumerated Rights?*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n. 1/2006, vol. IX, 21.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² N. J. JOHNSON, *Beyond the Second Amendment: An Individual Right to Arms Viewed through the Ninth Amendment*, in *Rutgers Law Journal*, n. 1/1992, vol. XXIV, 3.

originale della norma mettendola in relazione al «general welfare» e alla «pursuit of happiness» a cui si fa riferimento, rispettivamente, nel preambolo della Costituzione e nella Dichiarazione d'Indipendenza¹²³. Nella sua interpretazione, infatti, la povertà e la malnutrizione sono degli ostacoli a tal punto invalidanti il godimento dei diritti da richiedere un intervento attivo da parte dei pubblici poteri¹²⁴. Sulla stessa scia si colloca Daniel A. Farber nel ritenere che una rosa particolarmente ampia di diritti potrebbero e dovrebbero trovare riconoscimento attraverso il IX emendamento, tra cui anche determinati diritti di prestazione come il diritto all'educazione¹²⁵ o alla «Government Protection»¹²⁶. Le conseguenze di un riconoscimento di questi diritti attraverso il IX emendamento, puntualizza Farber, non sarebbero solo simboliche¹²⁷. A titolo esemplificativo, cita il divieto di discriminare gli studenti stranieri imposto ai legislatori degli Stati, che sarebbe invece opponibile al Congresso solo se si riconoscesse al diritto all'educazione una copertura a livello di Costituzione federale, attraverso il IX emendamento¹²⁸.

Rimane da svolgere, dunque, qualche considerazione in ordine ai differenti modelli di metodo che sono stati proposti ed utilizzati al fine di qualificare determinati diritti tra quelli non enumerati a cui si allude nel IX emendamento. Invero, la selezione di un determinato approccio metodologico risulta particolarmente delicata ove l'interprete, lasciando il porto sicuro del diritto positivo, si mette a ricercare altrove il fondamento di quei diritti fondamentali che non trovano posto nel testo della Costituzione. Il rischio di essere tacciati di arbitrarietà, infatti, è sempre dietro l'angolo.

Conviene quindi rifarsi alla ricostruzione di Barnett, il quale ha catalogato tre diversi metodi interpretativi: l'originalismo, il costruttivismo e il metodo presuntivo¹²⁹. A queste tre metodologie sembra opportuno aggiungerne una quarta, che si potrebbe definire casistica o, per riprendere un'arguta espressione, «intuizionistica»¹³⁰.

Partendo da quest'ultima, la risposta all'interrogativo di quali siano questi diritti non enumerati, sarebbe quella fornita dal Giudice Potter Stewart nella sua *concurring opinion* nel caso *Jacobellis v. Ohio* del 1964, ovverosia «I know it when I see it»¹³¹.

L'esistenza di un diritto non enumerato sarebbe da ricercare, ancor prima che nei libri di storia costituzionale o nella penombra dei diritti espressamente previsti dalla Costituzione, nella realtà empirica e obiettività del dato statistico. Curiosamente, un simile approccio è stato adottato per giustificare l'esistenza di diritti tanto distanti, sul piano

¹²³ C. L. BLACK JR., *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, in *Columbia Law Review*, n. 6/1986, vol. LXXXVI, 1105–1106.

¹²⁴ *Ivi*, 1106.

¹²⁵ D. A. FARBER, *Retained by the People: The "Silent" Ninth Amendment and the Constitutional Rights Americans Don't Know They Have*, New York, Basic Books, 2007, 181 ss.

¹²⁶ *Ivi*, 193 ss.

¹²⁷ Particolarmente scettiche sull'impianto metodologico e sulle conclusioni a cui giunge Farber, sono le recensioni del suo volume da parte di T. B. MCAFFEE, *The "Foundations" of Anti-Foundationalism—Or, Taking the Ninth Amendment Lightly: A Comment on Farber's Book on the Ninth Amendment*, in *Nevada Law Journal*, 2008, vol. IX, 226 ss e K. T. LASH, *Originalism as Jujitsu*, in *Constitutional Commentary*, n. 3/2008, vol. XXV, 521 ss.

¹²⁸ D. A. FARBER, *Retained by the People*, cit., 192.

¹²⁹ R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, cit., 30 ss.

¹³⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, *passim*, ma spec. 80-82.

¹³¹ *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (opinione concorrente del giudice STEWART).

politico e culturale, come il diritto ad un fabbisogno nutritivo sufficiente e il diritto al possesso di armi. Black, infatti, dopo aver sostenuto che i dati sulla malnutrizione negli Stati Uniti rivelino l'impossibilità per molti della ricerca della felicità di cui alla Dichiarazione d'Indipendenza, liquida come fuorvianti le obiezioni in ordine alle difficoltà che possono sorgere nella determinazione dell'estensione di tale diritto¹³². Se il problema esiste e nega il godimento di un diritto costituzionale, il disaccordo sui mezzi da impiegare per rendere il diritto effettivo non può diventare una giustificazione per l'inazione¹³³.

D'altra parte, Johnson, difendendo il diritto alla detenzione di armi, ritiene che un diritto non enumerato divenga riconoscibile non quando lo si vede, ma addirittura quando ci si inciampa sopra¹³⁴. Anche qui il dato empirico diviene fondamentale: un diritto si potrebbe ricondurre al IX emendamento allorché un tentativo di interferire con lo stesso incontrasse un elevato grado di opposizione da parte del popolo¹³⁵. La diffusa resistenza dei possessori di armi a rispettare le norme sulla registrazione delle armi da fuoco potrebbe essere dunque intesa come una spia di una sua copertura all'interno del perimetro del IX emendamento¹³⁶.

Questo orientamento, ad ogni modo, seppur rivendica di essere ancorato nella realtà e ricorre a dati statistici, deve comunque fare i conti con l'inevitabile soggettività nell'interpretazione di questi elementi empirici.

Veniamo dunque ai tre metodi su cui si sofferma Barnett. Seguendo l'ordine proposto da questo Autore, risulta conveniente partire dal metodo originalista, puntualizzando subito che questo è un metodo, per così dire, neutro, dal momento che la documentazione storica relativa al periodo del *framing* può facilmente giustificare tesi tra loro diverse. Questa diversità di risultati è dovuta in larga parte alla pluralità di orientamenti filosofici, politici e culturali tra gli stessi *framers*: tutte, o quasi, le teorie contemporanee sulla natura del IX emendamento possono trovare conferme o smentite in determinate fonti piuttosto che in altre. Chiarito che l'originalismo trova quindi un impiego trasversale nei diversi orientamenti che si sono sviluppati intorno al 'vero' significato del IX emendamento, bisogna verificare, nello specifico, se il metodo originalista possa venire impiegato per individuare i diritti non enumerati. Barnett ritiene che sia possibile adoperare un approccio originalista nell'individuazione di tali diritti. Possibile perché sebbene le fonti in cui si trovano espresse le tesi dei *framers* riportino un quadro variegato e complesso, il testo della Costituzione è in ogni caso il frutto di un compromesso tra posizioni diverse¹³⁷. In questo senso, la ricerca della intenzione dei costituenti è un'operazione che si avvicina molto alla ricostruzione della volontà delle parti nell'interpretazione di un contratto¹³⁸. Operazione non agevole, dunque, ma comunque possibile.

¹³² C. L. BLACK JR., *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, cit., 1115.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ N. J. JOHNSON, *Beyond the Second Amendment*, cit., 67 ss.

¹³⁵ *Ivi*, 69.

¹³⁶ *Ivi*, 69-70.

¹³⁷ R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, cit., 29.

¹³⁸ *Ibidem*.

L'approccio costruttivista aggiunge un ulteriore strato di complessità rispetto al metodo originalista. Un diritto non enumerato, secondo i costruttivisti, per essere idoneo a rientrare tra quelli che assurgono al rango costituzionale attraverso il IX emendamento, non solo deve trovare un fondamento solido nella volontà dei costituenti per come desumibile dai documenti di carattere storico, ma è richiesta anche una coerenza rispetto ad una particolare teoria morale o filosofica¹³⁹. Per l'interprete, così, la teoria che si è selezionata funziona come un filtro che permette di depurare il dato storico di quelle tesi che risultano incompatibili con la teoria stessa¹⁴⁰. Detto altrimenti, si tratta di comprendere l'intenzione dei *framers* ponendovi al di sopra una determinata griglia assiologica. Quale sia, poi, la prospettiva filosofica più opportuna da utilizzare quando si fa uso del metodo costruttivista, è una questione dibattuta. John H. Ely, per esempio, ritiene che i costituenti abbiano voluto determinare un sistema di democrazia rappresentativa corredato da garanzie procedimentali, senza ambire a definire quale dovesse essere il modello ideale di società¹⁴¹. Altri autori, come ad esempio Ronald Dworkin, ritengono che la Costituzione restituisca ben più delle sole garanzie delle procedure democratiche e che dal testo si possano evincere anche dei valori che assumerebbero un ruolo fondativo e conformativo dell'ordinamento costituzionale e sociale¹⁴². Sarebbe così finalmente permesso all'interprete di individuare anche quei diritti che seppur non enumerati esistono e trovano tutela nel IX emendamento in quanto coerenti e necessarie con l'impianto teorico che l'osservatore ha scelto di far suo. Il rischio di arbitrarietà, nella scelta della lente assiologica¹⁴³, ovviamente anche qui non manca ed è anche sulla base di questa consapevolezza che Barnett ha elaborato un metodo ben più cauto: quello presuntivo.

Ancora prima di esaminare il metodo presuntivo, è necessario soffermarsi brevemente sulle sue fondamenta teoriche, ovverosia sulla scelta di campo a favore della «*Power-Constraint*» *Conception of Constitutional Rights*¹⁴⁴ piuttosto che della «*Rights-Powers* *Conception of Constitutional Rights*»¹⁴⁵. Infatti, un nodo cruciale della sua teoria è la critica della «*Rights-Powers* *Conception*», intendendo con questa formula l'idea che diritti e poteri (federali) siano complementari e addirittura le due facce di una stessa moneta¹⁴⁶ o, per dirla altrimenti, che gli uni siano l'assenza degli altri¹⁴⁷. Barnett, piuttosto, privilegia una teoria (da lui stesso definita «*Power-Constraint*»¹⁴⁸) che vede l'enumerazione di poteri delegati al Congresso federale non già tanto come *empowerment* quanto come limitazione dei fini che esso può perseguire¹⁴⁹. In quest'ottica, i diritti costituzionali operano come limite ulteriore

¹³⁹ *Ivi*, 32.

¹⁴⁰ *Ivi*, 34, sostiene, a titolo esemplificativo, che ben si possono serenamente accogliere le teorie giusnaturalistiche di JAMES WILSON respingendo però il sessismo che si potrebbe trovare nelle sue opere.

¹⁴¹ J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., 5–9.

¹⁴² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 184–186.

¹⁴³ L. ALEXANDER, *Book Review: The Rights Retained by the People*, cit., 402.

¹⁴⁴ R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, cit., 4–9.

¹⁴⁵ *Ivi*, 11–16.

¹⁴⁶ Così R. BERGER, *Ninth Amendment*, in *Cornell Law Review*, n. 1/1980, vol. LXVI, 2 ss.

¹⁴⁷ *Ivi*, 21.

¹⁴⁸ R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, cit., 11 ss.

¹⁴⁹ *Ivi*, 12. Invero, questa sottile ma fondamentale distinzione era già stata palesata nell'art. XIII degli *Articles of Confederation*, come osserva S. ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, cit., 101.

che restringe il novero dei mezzi leciti atti al raggiungimento di quegli obiettivi per i quali i poteri sono stati alienati alla Federazione dagli Stati¹⁵⁰. I diritti, dunque, limiterebbero anche lo spettro dei fini possibili tra quelli che l'attribuzione dei poteri delegati permetterebbe di raggiungere materialmente¹⁵¹.

Muovendo da queste premesse, Barnett ritiene che, in fin dei conti, il metodo da lui proposto sia sostanzialmente identico al modo in cui la *common law* è stata applicata dalle corti per secoli¹⁵². Molto semplicemente, e senza rincorrere i diritti non enumerati nell'iperuranio¹⁵³, vi sarebbe una presunzione di esistenza di diritti (seppur, si badi bene di soli diritti di libertà) dinanzi al potere federale¹⁵⁴, includendo tutte e tre le branche: giudiziaria, esecutiva e legislativa¹⁵⁵. In questo senso, i diritti non enumerati godrebbero di uno statuto di tutela equivalente a quello dei diritti espressamente indicati nel testo della Costituzione. Ogni interferenza con le libertà che trovano il loro fondamento nel IX emendamento impone al potere che ha generato la limitazione di "giustificarla"¹⁵⁶, neanche il legislatore potendo sottrarsi a questo obbligo.

Il non essere stati in grado di dare applicazione al IX emendamento, neanche nella cauta versione del metodo presuntivo, avrebbe così inverato la preoccupazione che aveva spinto i *framers* a spendersi per una tutela espressa dei diritti non enumerati¹⁵⁷, cioè che il giudice rimanesse intrappolato nelle «paper barriers»¹⁵⁸ del solo dato positivo. In tal caso, la funzione garantista della norma verrebbe meno: essa non sarebbe in grado di limitare le prerogative del governo, e finirebbero per affiorare, al di sopra di esse, soltanto i diritti esplicitamente riconosciuti e tutelati dalla Carta fondamentale, efficacemente descritti come «islands surrounded by a sea of governmental powers»¹⁵⁹.

4. Conclusioni. Il IX emendamento, *Dobbs* e i diritti nel federalismo

Pare opportuno concludere volgendo l'attenzione al presente, provando così ad elaborare alcune ipotesi sulle vicende future del IX emendamento. Bisogna osservare che, nonostante non manchino gli eureka di quanti affermano di aver disvelato l'autentico significato di questo emendamento, in realtà, si può dire che una teoria sia meglio argomentata di un'altra ma non per questo necessariamente più vera.

¹⁵⁰ R. E. BARNETT, *Reconceiving the Ninth Amendment*, cit., 12.

¹⁵¹ *Ivi*, 14.

¹⁵² *Ivi*, 35.

¹⁵³ *Ivi*, 36.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ivi*, 37.

¹⁵⁷ *Ivi*, 24.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Id.*, *Two Conceptions of the Ninth Amendment*, cit., 38 che cita S. MACEDO, *The New Right v. the Constitution*, Washington D.C., Cato Institute, 1987, 32. Riprende la metafora anche L. H. TRIBE, *On Reading the Constitution*, cit., 111.

Allo stesso tempo, nel suo lungo cammino carsico, il IX emendamento sembra essere ritornato in una fase di immersione per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte Suprema. Tuttavia, il fatto che il IX emendamento non venga menzionato o applicato dalla Corte, non toglie che gli orientamenti della stessa lascino trasparire un determinato modo di intendere questo emendamento. Anche se non visibile, il IX emendamento è comunque lì, per quanto, per così dire, sommerso.

La vicenda giudiziaria statunitense più clamorosa di questi ultimi anni, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), è particolarmente indicativa in questo senso. Come noto, la sentenza che ha definito questo caso ha effettuato un *overruling* della sentenza *Roe*, così determinando che il diritto all'interruzione di gravidanza ha smesso di trovare una copertura federale per essere rimesso nella competenza e nella discrezione degli Stati. Questo perché, secondo l'opinione maggioritaria, «a right to abortion is not deeply rooted in the Nation's history and traditions»¹⁶⁰. Pur ruotando la questione intorno al XIV emendamento, così come in *Roe*, è manifesto che questa sentenza restituisca implicitamente un'interpretazione antifederalista del IX emendamento. Un ritorno alle origini, dunque, che ha profondamente diviso la società e non ha mancato di inquietare i costituzionalisti¹⁶¹. Si può anche essere d'accordo con l'asserzione secondo cui questo il diritto all'interruzione di gravidanza potrebbe essere solo il primo di una serie di diritti che potranno essere trasferiti nella competenza degli Stati¹⁶². Ed è anche vero che il *gerrymandering* posto in essere a livello statale getta delle ombre sulla capacità dei rispettivi legislatori di essere in grado di rispecchiare la volontà delle comunità degli Stati¹⁶³, per quanto la storia insegni che non è sempre e necessariamente la via federale quella più idonea al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali. Dunque, non si può arrivare a sostenere l'assunto per cui una lettura antifederalista del IX emendamento sia, in sé stessa, ostile ai diritti.

Nelle diverse stagioni della politica, il federalismo come struttura e come processo¹⁶⁴ ha rappresentato negli Stati Uniti, così come altrove, un baluardo di libertà¹⁶⁵. Che le istanze dei diritti e delle libertà siano difese dalla Federazione, da alcuni Stati o da entrambi, è una questione di contingenza storica. Il federalismo permette che, mantenuto un minimo comune denominatore di omogeneità¹⁶⁶ e diviso verticalmente il potere, sia più probabile

¹⁶⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), 25.

¹⁶¹ Per una critica particolarmente aspra della pronuncia, si veda, *ex multis*, A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2023, spec. 47–58, in cui l'Autore evidenzia delle convergenze tra la (attuale) Corte Roberts e la Corte Hughes.

¹⁶² K. L. WEHLE, *The Ninth Amendment Post-Dobbs: Could Federalism Swallow Unenumerated Rights?*, in *Maryland Law Review*, n. 3/2024, vol. LXXXIII, 893.

¹⁶³ *Ivi*, 906–911. Anche il legislatore federale, però, scontrerebbe un deficit democratico, almeno secondo S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 25–77.

¹⁶⁴ La necessità di studiare i federalismi nella loro dimensione diacronica, congiuntamente agli aspetti strutturali, è stata opportunamente sottolineata da R. BIFULCO, *Postfazione. Riflessioni sui metodi di studio dei processi e degli Stati federali*, in *Id.* (a cura di), *Ordinamenti federali comparati. II. America Latina, India, Europa, Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2012, 541–571.

¹⁶⁵ D. J. ELAZAR, *Confederation and Federal Liberty*, in *Publius*, n. 4/1982, vol. XII, spec. 4.

¹⁶⁶ O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, Parigi, Presses Universitaires de France, 2009, 365 ss.

che, in qualche luogo, i diritti siano garantiti¹⁶⁷. Non si interpretino queste ultime considerazioni in termini di idealismo, o peggio, di rassegnazione. Piuttosto, se la giurisprudenza della Corte Suprema ci restituisce questa lettura del IX emendamento, e non escludendo affatto che ne esistano di più ‘corrette’ o di più ‘giuste’, è lecito ritenere che, nelle sue virtualità, possa essere più utile alla causa dei diritti fondamentali una siffatta interpretazione che non nascondere questa enigmatica disposizione sotto una macchia d'inchiostro¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Questa è la tesi di R. A. SCHAPIRO, *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, 1ª ed., 121 ss. V. anche W. J. BRENNAN JR., *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, in *Harvard Law Review*, n. 3/1977, vol. XC, 502–504.

¹⁶⁸ Vale, in questo senso, l'ottimismo cauto di S. LEVINSON, *Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment*, cit., 161, per cui «The ninth amendment is not the philosopher's stone. To expect too much from it will simply doom its admirers to disappointment and, not incidentally, make it ever less likely that they will persuade their more skeptical auditors to end the process of forgetting that has characterized its history. But we should all be aware of the contribution that can come even from “a little help from one's friends”, and these days a little help is nothing to snicker at».