

### Considerazioni a margine della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?\*

[Supreme Court of the United States, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, no. 19-1392, 597 US\_(2022), June 24, 2022)]

Aristide Canepa\*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il caso che ha provocato il giudizio – 3. Il percorso argomentativo della sentenza. – 4. I punti di forza della sentenza. – 5. I profili problematici della sentenza. – 6. I problemi istituzionali sullo sfondo.

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Per la Costituzione degli Stati Uniti, si è utilizzata la traduzione italiana contenuta in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee. I. Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 9-28. Salvo diversa specificazione, le altre citazioni testuali dall'inglese e dallo spagnolo sono tradotte dall'a. e la data di ultima consultazione dei siti citati è il 4 agosto 2022.

\*\* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova, aristide.canepa@unige.it.

## 1. Introduzione

Il 24 giugno 2022, la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha emesso la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>1</sup>, che ha comportato una radicale mutazione della giurisprudenza affermata dalla Corte stessa in materia di aborto, a partire dalla precedente sentenza *Roe v. Wade* del 1973<sup>2</sup>, poi emendata in parte, ma confermata nella filosofia di fondo, dalla sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992<sup>3</sup>.

La sentenza ha suscitato reazioni emotive molto profonde, sia negli Stati Uniti che nel resto del mondo, anche in conseguenza della brutale semplificazione, cui vanno generalmente soggette le decisioni giurisdizionali di qualunque tribunale, nella comunicazione di massa. È infatti assai difficile, anche per il giornalista più rigoroso, condensare in poche righe il contenuto e soprattutto il complesso percorso argomentativo che supporta generalmente una sentenza: e basti pensare che nel caso in oggetto la sola sentenza in senso stretto (*opinion of the Court*) è di 79 pagine, cui si aggiungono 8 pagine di esposizione abbreviata (*syllabus*), 29 pagine di appendici storico-documentali<sup>4</sup>, 31 pagine di opinioni concorrenti<sup>5</sup> e ben 66 pagine di opinioni dissenzienti<sup>6</sup>.

Inoltre, il surriscaldamento del clima emotivo nell'opinione pubblica è naturalmente legato alla delicatezza ed alla sensibilità dell'argomento trattato, che comporta implicazioni etiche, filosofiche, religiose e politiche di grande importanza. Giova quindi procedere ad un'analisi, per quanto possibile passionata, dell'effettivo contenuto di una sentenza che, la si condivida o meno, può a buon titolo essere definita storica, per l'entità del *revirement* giurisprudenziale in essa contenuto, ma che, come si avrà modo di vedere nelle prossime pagine, pur revocando esplicitamente le precedenti sentenze *Roe* e *Casey* citt., non fa affatto *tabula rasa* della possibilità per le donne di ricorrere all'interruzione volontaria di

<sup>1</sup> Per esteso, *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, No. 19-1392, 597 U.S. \_\_ (2022). Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line* sul sito della Corte suprema, all'indirizzo [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf).

<sup>2</sup> Per esteso, *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*, No. 70-18, 410 U.S. 113 (1973), del 22 gennaio 1973. Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line*, tra gli altri, sul sito della Biblioteca del Congresso, all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>.

<sup>3</sup> Per esteso, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*, No. 91-744, 505 U.S. 833 (1992), del 29 giugno 1992. Il testo completo della sentenza è disponibile *on-line*, tra gli altri, sul sito della Biblioteca del Congresso, all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>.

<sup>4</sup> L'appendice A contiene una ricognizione delle leggi statali in materia di aborto, che lo criminalizzavano ad ogni stadio della gestazione, negli Stati esistenti nel 1868; l'appendice B analogica ricognizione sulle leggi dei Territori federali poi divenuti Stati e del Distretto di Columbia. La finalità di tali panoramiche storiche verrà illustrata nel corso del presente lavoro.

<sup>5</sup> Si tratta delle opinioni concorrenti dei giudici Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, nonché dell'opinione concorrente *in the judgment* (sul dispositivo finale – la conformità a Costituzione della legge in esame – ma non sull'intero percorso argomentativo della sentenza) del *Chief Justice* John Roberts.

<sup>6</sup> In questo caso, si tratta di una sola opinione dissenziente, firmata congiuntamente dai giudici Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ed Elena Kagan.

gravidanza, rinviando invece alla sede legislativa (dei singoli Stati) l'adozione della normativa in materia.

## 2. Il caso che ha provocato il giudizio

Nel marzo 2018, il Parlamento dello Stato del Mississippi aveva adottato una nuova legge sull'aborto (*Gestational Age Act*, MS Code § 41-41-191 (2019)), nella quale si stabiliva il divieto di praticare aborti oltre la quindicesima settimana di gestazione, salvo per gravi casi di emergenza medica o di anomalia fetale. Queste due ipotesi erano poi dettagliate dall'art. 3, lett. *b*) e *j*), della legge stessa, dove si stabiliva che per «*severe fetal abnormality*» dovesse intendersi una «condizione fisica di pericolo di vita che, secondo ragionevole giudizio medico, nonostante la somministrazione di cure mediche salvavita, sia incompatibile con la vita fuori dall'utero», mentre per «*medical emergency*» dovesse intendersi «una condizione in cui, sulla base del giudizio clinico in buona fede del medico, un aborto sia necessario per preservare la vita di una gestante, messa in pericolo da un disturbo fisico, una malattia fisica o un danno fisico, inclusa una condizione fisica di pericolo di vita derivante dalla gestazione stessa, o qualora la continuazione della gestazione comporti un serio rischio di menomazione sostanziale ed irreversibile di un'importante funzione corporale».

Le disposizioni del *Gestational Age Act*, *mutatis mutandis*, avvicinavano la disciplina sull'aborto del Mississippi a quella italiana, risultando però più restrittive nella misura in cui, per l'aborto oltre le quindici settimane di gestazione, prendevano in considerazione solo problemi fisici della gestante o del nascituro e non anche i rischi per la salute psichica della donna (v. invece l'art. 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, italiana).

Tuttavia, tale disciplina risultava nettamente più restrittiva rispetto ai canoni stabiliti dalla Corte suprema nella sent. *Roe v. Wade* cit. e potenzialmente discutibile alla luce del divieto di porre un «indebito gravame» (*undue burden*) sulla decisione della donna di abortire, stabilito dalla sent. *Casey*. In *Roe*<sup>7</sup>, nel giudicare incostituzionale l'art. 1196 del codice penale del Texas, in quanto limitava le possibilità di aborto ai soli casi di pericolo di vita della gestante, indipendentemente dallo stadio della gestazione, la Corte suprema dava luogo ad un vero e proprio *vademecum* per le legislazioni statali. La sentenza riconosceva infatti l'esistenza di due interessi, in alcuni casi contrapposti, che gli Stati devono legittimamente tutelare: quello di «preservare e proteggere la salute della donna incinta» e quello di «proteggere la potenzialità della vita umana»<sup>8</sup>. Nel ragionamento della Corte, il bilanciamento di tali interessi doveva svilupparsi in proporzione allo stato di avanzamento della gestazione. Nel primo trimestre, infatti, la decisione sull'aborto avrebbe dovuto essere lasciata

<sup>7</sup> V. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 162-166.

<sup>8</sup> Cfr. *idem*, p. 162.

al medico curante, d'intesa con la gestante, facendone così una decisione personale, ancorché sotto supervisione medica, e risolvendo quindi il bilanciamento totalmente a favore della decisione della donna<sup>9</sup>. Nel secondo trimestre, «lo Stato, nel promuovere il proprio interesse alla salute della madre, può, se così decide, regolare le procedure per l'aborto secondo linee ragionevolmente legate alla salute della madre»<sup>10</sup>, il che non rendeva lecite limitazioni all'aborto, ma solo interventi dello Stato su una serie di requisiti e procedure al fine di garantire meglio la salute della madre. Solo nel terzo trimestre, in ragione della possibile vitalità extra-uterina del concepito (*viability*), gli Stati avrebbero potuto regolare, ed anche vietare, l'aborto, tranne che ove fosse necessario tutelare la vita e la salute della madre.

Giova ricordare che tale orientamento non accoglieva in pieno le richieste della ricorrente, che propugnava l'idea dell'incostituzionalità di qualsiasi tipo di limitazione all'aborto, in conseguenza del diritto assoluto della persona di disporre del proprio corpo. La Corte respingeva questa prospettiva radicale, come si evinceva dalla disciplina «suggerita» per il terzo trimestre, riconoscendo anche un interesse dello Stato a proteggere la «vita potenziale»<sup>11</sup>. Tuttavia, fondava costituzionalmente, sul più ampio diritto alla *privacy*, un diritto (per quanto non assoluto) all'aborto, che, come tale, appariva necessariamente destinato a prevalere sul mero interesse alla protezione della vita potenziale. Sulla base di numerosi precedenti giurisdizionali della Corte stessa, tale diritto alla *privacy* non doveva però intendersi nel senso restrittivo che solitamente gli è attribuito nei Paesi europei, cioè come diritto alla riservatezza e alla non diffusione di dati sensibili, bensì in un senso più ampio di diritto a compiere determinate scelte, relative all'orientamento della propria esistenza, in autonomia e senza intromissioni da parte dei poteri pubblici: in ultima analisi, il diritto a disporre di sé. Secondo *Roe v. Wade*, «questo diritto alla riservatezza ... è abbastanza ampio da ricomprendere la decisione di una donna se interrompere o meno la propria gravidanza»<sup>12</sup>. Data tale caratterizzazione, nel presente lavoro, ove non si utilizzi il vocabolo inglese *privacy*, si preferirà definirlo come diritto di auto-determinazione.

Peraltro, il diritto alla *privacy* non è esplicitato in quanto tale nella Costituzione degli Stati Uniti, per cui la Corte, pur in presenza di una pluralità di orientamenti storici<sup>13</sup>, aveva ritenuto di ancorarlo alla sez. 1 del XIV emendamento alla Costituzione, adottato nel 1868,

<sup>9</sup> Anche se il testo letterale farebbe piuttosto propendere per una decisione, prima di tutto, del medico, non assumibile, però, senza l'assenso della paziente: «Per il periodo di gravidanza precedente [al secondo trimestre] il medico incaricato, in consultazione con la paziente, è libero di determinare, senza regolamentazione statale, che, secondo il proprio giudizio medico, la gravidanza della paziente debba essere interrotta. Se si raggiunge una tale decisione, essa dev'essere realizzata tramite un aborto, senza interferenze da parte dello Stato». Cfr. *idem*, p. 163.

<sup>10</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>11</sup> Cfr. *idem*, p. 154.

<sup>12</sup> Cfr. *idem*, p. 153.

<sup>13</sup> La stessa sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 152-153, rileva che, in diversi precedenti giurisprudenziali, tale diritto era stato collegato, volta per volta, al I, al IV, al V, al IX e al XIV emendamento. Nelle more dello stesso processo *Roe*, la Corte di Distretto, nella sentenza di primo grado, lo aveva ricondotto al IX emendamento.

sulla scia della conclusione della guerra civile<sup>14</sup>, ed in particolare alla *due process clause* in esso contenuta, per cui la libertà della persona non può essere limitata «se non in seguito a regolare procedimento legale». Nel prosieguo, peraltro, la Corte non giustificava la connessione del diritto di auto-determinazione con la citata disposizione costituzionale, dando sostanzialmente per assodato, alla luce dei precedenti giurisprudenziali, che comunque tale diritto risultasse costituzionalmente ricostruibile. Essa però chiariva alcuni criteri interpretativi che giustificavano la propria interpretazione del bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella questione dell'aborto. In primo luogo, negava che la definizione di “persona” utilizzata dal XIV emend. potesse applicarsi al nascituro, come avrebbe dimostrato il fatto che la stessa definizione, utilizzata in altri passaggi della Costituzione, si riferisce sempre alla vita post-natale: argomentazione invero molto debole, nella misura in cui la Costituzione degli USA non tratta in alcun punto la questione della maternità o dell'aborto, ma assolutamente necessaria al ragionamento alla base della sentenza, in quanto, come la stessa Corte riconosceva, «se fosse stabilita l'ipotesi del carattere di persona [del nascituro], la causa della ricorrente certamente cadrebbe, // perché il diritto alla vita del feto sarebbe allora specificamente garantito dal [XIV] emendamento»<sup>15</sup>. In secondo luogo, la Corte tornava a sottolineare come, a differenza di altri comportamenti coperti dal diritto all'auto-determinazione, il caso dell'aborto non potesse essere ricostruito come diritto assoluto, stante il possibile interesse dello Stato a tutelare la «potenziale vita umana»<sup>16</sup>. In terzo luogo, si asteneva dal prendere posizione sulla *vexata quaestio* del momento in cui sorga la vita, sottolineando come su di essa non esista consenso neppure tra medici, filosofi e teologi, e limitandosi a segnalare come, in materie diverse dalla disciplina dell'aborto, l'ordinamento giuridico statunitense generalmente non consideri il nascituro come persona e, qualora preveda determinati diritti in capo allo stesso, ne subordina sostanzialmente il godimento al momento della sua nascita<sup>17</sup>. Su queste basi, procedeva poi a disegnare i termini di legittimità costituzionale delle possibili leggi statali in materia di aborto, secondo la scansione in trimestri della gravidanza, come illustrata sopra.

Tornando ora al *Gestational Age Act* del Mississippi, non c'è dubbio che, in un contesto di ininterrotti, se non crescenti, confronto e bipolarizzazione sui temi legati all'aborto, nell'opinione pubblica e nelle sedi politiche e istituzionali, questa legge abbia voluto essere un *ballon d'essai* mirato ad ottenere una nuova e diversa pronuncia della magistratura in

<sup>14</sup> Questa recita: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così come nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale [*due process of law*], né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi». In grassetto la disposizione cui *Roe* e *Casey* hanno collegato il diritto d'aborto, configurandolo come una declinazione del più generale diritto di auto-determinazione.

<sup>15</sup> Cfr. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 156-157.

<sup>16</sup> Cfr. *idem*, p. 159.

<sup>17</sup> V. *idem*, pp. 159-162.

generale e della Corte suprema in particolare. Lo dimostrano diversi sintomi: così per es. le parole del Governatore dello Stato in occasione della firma della legge («Probabilmente, tempo mezz'ora e ci faranno causa, e questo per me sarà un bene. Vale la pena di lottare per questo»<sup>18</sup>); l'insistenza dello stesso testo di legge sulla scindibilità (*severability*) delle proprie diverse disposizioni, espressamente mirante a far sì che «ove una qualsiasi disposizione della presente sezione sia considerata invalida o inapplicabile da una corte ... tale disposizione sia ritenuta ritagliabile e le altre disposizioni della presente sezione siano ritenute pienamente applicabili» (art. 9; lo stesso vale per altre disposizioni statali sull'aborto, in caso di dichiarazione giurisprudenziale di inapplicabilità dell'intero *Gestational Age Act*); così come il fatto che, nelle more del processo *Dobbs*, il Parlamento del Mississippi abbia adottato nuove leggi, ulteriormente restrittive del diritto d'aborto<sup>19</sup>.

Come preconizzato (ed auspicato) dal Governatore del Mississippi, il *Gestational Age Act* è stato assoggettato quasi subito a ricorso, ad opera della *Jackson Women's Health Organization*, l'unica clinica dello Stato in cui ancora si praticassero aborti. Rifacendosi correttamente al principio dello *stare decisis*, sia la Corte di distretto che la Corte d'appello hanno dichiarato inapplicabili le disposizioni della legge in contrasto con la sent. *Roe v. Wade*. Ma lo Stato del Mississippi non ha desistito e nell'ulteriore ricorso presso la Corte suprema la validità di *Roe* e *Casey* è poi divenuta l'oggetto centrale del contendere: dopo la decisione della Corte di occuparsi del ricorso, lo Stato, attraverso lo *State Health Officer* Thomas Dobbs, richiedeva un cambiamento di giurisprudenza della Corte, fino all'annullamento delle due sentenze, mentre la *Jackson Women's Health Organization* ne chiedeva la riconferma.

Il clima di tensione e di aspettativa intorno alla ventura pronuncia è dimostrato dalla fuga di materiale che ha permesso, il 2 maggio 2022, al periodico politico-scandalistico *Politico* di pubblicare una bozza preparata dal giudice Samuel Alito, estensore della sentenza, costringendo il giorno dopo il *Chief Justice* John Roberts a rilasciare un duro comunicato stampa nel quale, pur confermando l'autenticità del documento, si stigmatizzava la fuga di notizie, oggetto di un'inchiesta interna, e si garantiva che questa non avrebbe avuto alcuna conseguenza sul lavoro della Corte<sup>20</sup>. Di fatto, pur con alcune aggiunte legate alle obiezioni della maggioranza alle opinioni dissenzienti di tre giudici e all'opinione concorrente del Presidente della Corte, la bozza si è poi dimostrata l'effettivo contenuto della sentenza.

<sup>18</sup> Cfr. J. GATHRIGHT, *Mississippi Governor Signs Nation's Toughest Abortion Ban Into Law*, in *NPR*, 19/3/2018, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2018/03/19/595045249/mississippi-governor-signs-nations-toughest-abortion-ban-into-law?t=1658400227522>.

<sup>19</sup> Si tratta di una prima legge del 2019, che limita la possibilità di aborto dal momento in cui si può accertare il battito cardiaco del feto, cioè intorno alla sesta settimana di gravidanza, e del *Life Equality Act* del 2020, che impedisce l'aborto fondato su ragioni di sesso, razza o anomalia genetica del nascituro.

<sup>20</sup> Il comunicato stampa dello scorso 3 maggio è disponibile *on-line* sul sito della Corte suprema, all'indirizzo [https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr\\_05-03-22](https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22).

### 3. Il percorso argomentativo della sentenza

Nella sent. *Dobbs*, la Corte decide a maggioranza (6-3) di considerare costituzionalmente legittimo il *Gestational Age Act* del Mississippi, ma per fare questo si spinge a rigettare la propria precedente giurisprudenza in materia, in particolare le sentenze *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, compiendo un passo non pienamente condiviso neppure nella maggioranza interna<sup>21</sup>, ma certamente necessario nella prospettiva, adottata dall'estensore, di negare l'esistenza di un diritto all'aborto.

Secondo la maggioranza della Corte, un diritto d'aborto non può essere identificato nella Costituzione, il che richiede di ridiscutere i fondamenti su cui si era basata la sent. *Roe*, posto che la successiva sent. *Casey*, dimostrando notevoli spaccature all'interno della Corte, ne aveva acriticamente riproposto la validità, soltanto in base al principio dello *stare decisis*, pur sostituendo, alle suesposte linee-guida, la poco chiara regola per cui le legislazioni statali non avrebbero dovuto imporre sul diritto d'aborto della donna un «indebito gravame» (*undue burden*)<sup>22</sup>.

La Corte comincia il proprio percorso argomentativo concentrando l'attenzione sul principale riferimento costituzionale cui *Roe* e *Casey* avevano collegato l'esistenza di un diritto all'aborto, ovvero sulla sez. 1 del XIV emend. Cost. USA e, in particolare, sul suo riferimento alla protezione della libertà (principale riferimento per *Roe*, che peraltro la Corte accusa di non aver ritenuto di fondamentale importanza ancorare chiaramente le proprie conclusioni ad una od altra disposizione costituzionale; unico riferimento per *Casey*).

Prima di cominciare un dettagliato esame della riconducibilità di un diritto all'aborto al XIV emend., però, la Corte refuta, quasi *incidentally tantum*, un argomento non richiamato dalle due sentenze, ma addotto da alcuni *amici curiae* in occasione del presente processo, cioè che il diritto d'aborto potrebbe radicarsi anche in un successivo principio stabilito dal XIV emend., ovvero quello dell'«eguale protezione delle leggi» (*equal protection of the laws*), e ribadisce quanto già affermato nella sent. *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic* del 1993, ovvero che «il fine di prevenire l'aborto» non indica un «odioso animus

<sup>21</sup> Che il rigetto dei due importanti precedenti fosse necessario alla risoluzione del caso, è infatti negato dall'opinione concorrente del Presidente della Corte, Roberts. Egli concorda, infatti, con la decisione finale sulla legittimità costituzionale della legge in esame, ma afferma doversi abbandonare, della precedente giurisprudenza, soltanto il termine della *viability* del feto come punto di partenza delle possibili limitazioni legislative al diritto d'aborto, in quanto infondato scientificamente, sproporzionato al perseguimento della tutela del diritto d'aborto, ma anche, a suo tempo, non proposto e non richiesto dalle parti in causa. L'aderenza alle richieste delle parti, senza impegnare la Corte in ulteriori deduzioni, è rivendicata dal *Chief Justice*, sia come principio generale («Se per risolvere un processo non è necessario decidere altro, allora è necessario non decidere altro»; cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Roberts, C.J., concurring in judgement*, p. 2; corsivo dell'a.), sia in relazione al caso specifico, ricordando come, nell'originale *petition for certiorari*, il Mississippi si limitasse a chiedere alla Corte di stabilire se eventuali proibizioni dell'aborto, prima del termine della *viability*, fossero sempre incostituzionali. Secondo lo stesso Roberts, a tale originaria richiesta si sarebbe dovuta attenere la Corte, nonostante l'atteggiamento dello Stato fosse cambiato, dopo la concessione del *writ of certiorari*, passando a richiedere espressamente l'annullamento dei precedenti giurisprudenziali (v. *idem*, pp. 5-6).

<sup>22</sup> V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 1-4.

discriminatorio” nei confronti delle donne»<sup>23</sup>, per cui la disciplina statale in materia di aborto non può essere esaminata alla luce della discriminazione di genere e non è pertanto soggetta allo «scrutinio rafforzato»<sup>24</sup> riservato alle classificazioni basate sul sesso, dovendo essere trattata a tutti gli effetti come le altre normative in materia di salute.

Riprendendo l’esame alla luce della clausola del *due process of law*, la Corte passa a valutare se su di essa si possa enucleare il diritto d’aborto. Ciò apre il problema del criterio in base al quale un diritto non espressamente menzionato in Costituzione possa essere ricondotto alla tutela della «libertà» di cui alla citata disposizione costituzionale. In proposito, secondo una risalente giurisprudenza della Corte suprema, perché un tale diritto possa godere della protezione della clausola in oggetto, risulterebbe necessario che questo «sia “profondamente radicato nella storia e tradizione [degli Stati Uniti]” e [che] sia essenziale all’“idea di libertà ordinata” della ... Nazione»<sup>25</sup>. Su tale base, la Corte si dedica ad un’ampia ricognizione storica, che dimostra come il diritto d’aborto non fosse mai stato ospitato nella legislazione ordinaria e costituzionale degli Stati membri, ma neppure teorizzato dalla dottrina fino al 1968<sup>26</sup>. Inoltre, l’aborto era stato per secoli considerato un crimine, per lo meno dal momento della percezione del movimento del feto nell’utero (*quickening*), fin dalla *common law* inglese<sup>27</sup>, vigente in America in epoca coloniale. Non solo, ma la linea di demarcazione costituita dal movimento fetale era stata abbandonata nel XIX sec. e, tanto il Parlamento britannico nel 1803, quanto la maggioranza degli Stati degli USA, erano passati ad adottare leggi che proibivano l’aborto in ogni stadio della gravidanza. Nel 1868, 28 dei 37 Stati allora federati dichiaravano l’aborto un crimine anche prima del *quickening* e pure gli altri, meno uno, si sarebbero adeguati da lì al 1910. Seppure, nei decenni seguenti, il *trend* si fosse moderato e si fossero avute aperture, in diverse legislazioni statali, ad una disciplina più articolata dell’aborto, la sentenza rileva come ancora nel 1973, data della sent. *Roe*, 30 degli ormai 50 Stati continuassero a vietare l’aborto in ogni stadio della gravidanza, salvo in caso di pericolo per la vita della madre<sup>28</sup>. La Corte ne fa quindi deri-

<sup>23</sup> Cfr. *idem*, p. 11.

<sup>24</sup> Cfr. *idem*, p. 10.

<sup>25</sup> Cfr. *idem*, p. 12. Le citazioni interne sono tratte dalla sent. *Timbs v. Indiana* del 2019, ma i concetti in esse espressi possono essere fatti risalire almeno a *Snyder v. Massachusetts* del 1934 e *Polko v. Connecticut* del 1937 (quest’ultima citata anche in *Roe v. Wade*).

<sup>26</sup> La sentenza si riferisce a R. LUCAS, *Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes*, in *North Carolina Law Review*, vol. 46 (1967/68), pp. 730-778, pubblicato appena cinque anni prima della sent. *Roe*, come alla prima espressa teorizzazione dottrinale dell’esistenza di un diritto costituzionale all’aborto. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 15-16, n. 23.

<sup>27</sup> La sentenza risale fino al *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* di Henry de Bracton, della prima metà del XIII sec., per quanto riguarda le autorità in materia di *common law*, e alle *Leges Henrici Primi*, della prima metà del secolo precedente, per quanto riguarda il diritto scritto. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 16-17 e n. 25.

<sup>28</sup> V. *idem*, pp. 11-25.

vare «l'ineludibile conclusione ... che un diritto all'aborto non sia profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni della Nazione»<sup>29</sup>.

Va però notato che, sebbene l'*excursus* storico della sentenza arrivi al 1973, le appendici documentali A e B della stessa<sup>30</sup> non prendono in considerazione le legislazioni repressive dell'aborto vigenti in quell'anno, bensì quelle in vigore nel 1868 (anno di approvazione del XIV emend.) e, relativamente agli Stati e Territori che in tale data non avessero leggi interamente repressive dell'aborto, le prime leggi in tale direzione approvate in ciascuno di essi negli anni successivi. Tale scelta tradisce senza dubbio l'impostazione originalista della sentenza<sup>31</sup>, che ne può costituire uno dei punti problematici, come si avrà modo di rilevare più avanti.

Dopo aver risolto negativamente la questione dell'ipotetico radicamento del diritto all'aborto nella storia e nelle tradizioni nazionali, la Corte passa ad occuparsi della sua possibile collocazione nel più ampio quadro del diritto all'auto-determinazione, partendo dall'affermazione della sent. *Casey* per cui «al centro [del concetto] di libertà si trova il diritto di determinare la propria concezione dell'esistenza, del [suo] significato, dell'universo e del mistero della vita umana»<sup>32</sup>. La prima obiezione della Corte è che tale statuizione valga certamente per quanto concerne la libertà di pensare e di esprimere la propria visione del mondo, ma non necessariamente per quella di agire secondo tale visione, in quanto una «libertà ordinata pone limiti e definisce i confini tra interessi in competizione»<sup>33</sup>. La seconda è che le sentt. *Roe* e *Casey* hanno definito un determinato bilanciamento tra gli interessi confliggenti nella questione aborto, ma che il popolo dei diversi Stati può ben dare di essi una diversa interpretazione, sia più ampia che più restrittiva di quella indicata dai due precedenti giurisprudenziali. La terza – e centrale nell'intera costruzione della sentenza – è che tutti gli altri diritti inespressi riconosciuti dalla Corte suprema alla luce del principio di autonomia personale e auto-determinazione<sup>34</sup> si distinguono dall'ipotetico diritto di aborto perché non portano alla distruzione di una «vita potenziale» (*potential life*), secondo la terminologia di *Roe* e *Casey*, ovvero di un «essere umano non [ancora] nato», secondo la terminologia del *Gestational Age Act*. In sostanza, sebbene la Corte non utilizzi questa espressione, gli altri diritti inespressi ricomprendibili in quello alla *privacy* toccano

<sup>29</sup> Cfr. *idem*, p. 25.

<sup>30</sup> V. *idem*, rispettivamente pp. 79-101 (app. A) e 101-108 (app. B).

<sup>31</sup> Rispondendo alle deduzioni presentate dal convenuto (la *Jackson Women's Health Organization*), infatti, la Corte sottolinea come queste «non siano state capaci di dimostrare // che un diritto costituzionale all'aborto fosse consolidato quando è stato adottato il XIV emend.». Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 25-26 (corsivi miei).

<sup>32</sup> Cit. in *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 30.

<sup>33</sup> Cfr. *idem*, p. 31.

<sup>34</sup> La Corte ricorda, ad es., tra i diritti già citati da *Casey*, il matrimonio interrazziale, il matrimonio dei detenuti, l'uso di contraccettivi, il diritto di risiedere coi propri parenti, di decidere sull'educazione dei figli, di non essere sterilizzati senza il proprio consenso, di non sottoporsi a determinati trattamenti medici; e tra altri, definiti successivamente alla sent. *Casey*, il diritto ad atti sessuali consensuali in privato o al matrimonio omosessuale. V. *idem*, pp. 31-32.

comportamenti di individui responsabili e coscienti, che attengono alla loro sfera privata e, anche quando incidono su terzi (si pensi al diritto di dare una determinata educazione ai figli), non ne intaccano i diritti e soprattutto non ne minacciano l'esistenza. Da qui, la rassicurante affermazione della Corte che, proprio in considerazione di tale peculiarità, «la conclusione che la Costituzione non conferisce un diritto [all'aborto] non mina ... in alcun modo»<sup>35</sup> gli altri diritti inespressi già riconosciuti.

La Corte passa poi rapidamente in rivista le motivazioni addotte, a livello delle due parti e dell'opinione pubblica, a favore e contro l'esistenza di un diritto all'aborto, senza prendere posizione su di esse e riconoscendo che da entrambi i lati sono state prodotte argomentazioni e documentazioni di notevole importanza e serietà, ma rifiuta l'idea (sottesa a *Roe* e alle motivazioni di quanti ne richiedono la conferma) che spetti alla Corte stessa soppesare e bilanciare tali argomenti e decidere in proposito. In tal modo, la Corte sconfessa ed annulla le decisioni *Roe* e *Casey* e, nelle proprie parole, «restitui[sce] il potere di soppesare tali argomenti al popolo e ai suoi rappresentanti elettivi»<sup>36</sup>. In buona sostanza, oltre a confutarne gli specifici contenuti, la Corte identifica nelle linee-guida stabilite da *Roe v. Wade*: a) un'indebita restrizione del principio democratico, per cui il bilanciamento tra gli interessi potenzialmente confliggenti nella vita sociale spetta, prima di tutto, al popolo e/o ai suoi rappresentanti, e solo in seconda battuta e negli stretti limiti della Costituzione e delle leggi, ai giudici; b) una sostanziale invasione di campo da parte di un organo giurisdizionale (la Corte stessa, nelle precedenti composizioni) che si sarebbe arrogato l'indiretto esercizio di una funzione legislativa, violando così il principio cardine della Costituzione statunitense, cioè la separazione dei poteri.

Ci si permetta di notare come il percorso argomentativo della Corte, indipendentemente da quanto si pensi del suo contenuto, appare logicamente rovesciato. Ben più sensato sarebbe infatti stato porsi in primo luogo la questione della copertura fornita al diritto d'aborto dal diritto all'auto-determinazione e poi, risoltala negativamente in base all'argomentazione per cui l'aborto – a differenza degli altri diritti coperti dalla *privacy* – mette in discussione la vita di un essere umano, passare a valutare se la Costituzione offrisse altre possibilità di radicarvi il diritto d'aborto. A parere di chi scrive, tale percorso sarebbe stato più logico, ma è stato sacrificato all'esigenza di affermare come linee-guida dell'esame della Corte quelle del radicamento nella storia e tradizione nazionali e del legame con l'idea di libertà ordinata. Criteri che non sono espressione diretta di un approccio originalista, costituendo anzi – come si è visto sopra – due dei più consolidati e risalenti orientamenti interpretativi della Corte; ma che, in questo caso, permettono ancora una volta (soprattutto il primo di essi) di declinare il percorso argomentativo della Corte, senza dirlo espressa-

<sup>35</sup> Cfr. *idem*, p. 32.

<sup>36</sup> Cfr. *idem*, p. 35.

mente, in chiave originalista, con tutti i problemi che ne possono conseguire e su cui si tornerà *infra*.

Dopo alcuni paragrafi, dedicati a replicare all'opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan<sup>37</sup> – e nei quali merita rilevare l'affermazione secondo cui «la nostra opinione [di maggioranza] non si basa su alcuna visione circa il se e il quando la vita prenatale abbia titolo a qualcuno dei diritti di cui si gode dopo la nascita. L'opinione dissenziente, invece [proponendo la riconferma di *Roe* e *Casey*], imporrebbe al popolo una specifica teoria sul momento in cui iniziano i diritti della persona»<sup>38</sup> – la Corte passa ad esaminare i casi e le condizioni in cui le sia giustificato allontanarsi dal principio dello *stare decisis*, invocato invece dai giudici dissenzienti per salvaguardare gli effetti delle sentenze precedenti e la certezza del diritto<sup>39</sup>.

Tale esame, in apparenza superfluo, perché la possibilità per la Corte suprema di mutare la propria giurisprudenza è pacificamente accettata e supportata da numerosi esempi concreti, costituisce però l'occasione per una più sistematica demolizione dei precedenti costituiti dalle sentenze *Roe* e *Casey*.

Dopo aver ricordato che lo *stare decisis* non è «un comando inesorabile»<sup>40</sup>, soprattutto quando coinvolga questioni di costituzionalità delle leggi (dove l'affermazione di un'interpretazione errata può avere conseguenze molto gravi), l'opinione di maggioranza porta l'esempio di numerosi precedenti, sottolineando in particolare – non senza una certa malizia – due casi certamente vicini alla sensibilità giuridica dei giudici dissenzienti, come i cambiamenti di giurisprudenza in materia di segregazione razziale e di politiche sociali a favore della donna.

Tutto ciò prelude alla puntualizzazione dei criteri in base ai quali la maggioranza (ma qui senza l'appoggio del *Chief Justice* Roberts) ritiene necessario superare le due succitate sentenze. Questi sono cinque.

In primo luogo, la natura dell'errore della Corte: in tale prospettiva, la sent. *Roe* viene definita come «vergognosamente sbagliata e profondamente dannosa» nel suo contenuto (*egregiously wrong and deeply damaging*)<sup>41</sup>, sin dal giorno stesso della sua emissione e co-

<sup>37</sup> V. *idem*, pp. 35-39.

<sup>38</sup> Cfr. *idem*, p. 38.

<sup>39</sup> In effetti, attraverso il principio dello *stare decisis*, per cui le decisioni e l'interpretazione della legge, date dai giudici di grado superiore, vincolano i giudici di grado inferiore, la Corte suprema si trova congiuntamente ad avere l'ultima parola in materia di costituzionalità delle leggi (pur nel quadro di un sindacato diffuso) e ad esercitare la funzione di nomofilachia che nel nostro ordinamento spetta alla Corte di Cassazione.

<sup>40</sup> Cfr. *idem*, p. 39. Espressione utilizzata nella sent. *Pearson v. Callaban* del 2009.

<sup>41</sup> Cfr. *idem*, p. 44. Anche qui si può rilevare una certa malizia dell'estensore, in quanto «*egregiously wrong*» era stata l'espressione utilizzata dal giudice Kavanaugh nella propria opinione parzialmente concorrente alla sent. *Ramos v. Louisiana* del 2020, parlando della sent. *Plessy v. Ferguson* del 1896, che aveva giudicato conforme a Costituzione il *Separate Car Act* della Louisiana del 1890 e pertanto le leggi che sancivano, in diversi Stati del Sud, le politiche di segregazione razziale. Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. \_\_ (2020), *Kavanaugh J., concurring in part*, p. 8.

me responsabile della deprivatione del potere di scelta nella materia interessata, a carico del popolo e dei suoi rappresentanti.

In secondo luogo, la qualità del ragionamento giuridico: secondo la Corte, il ragionamento giuridico seguito in *Roe* «poggiava su basi eccezionalmente deboli»<sup>42</sup>, sia nell'agganciare alla Costituzione e alla *privacy* il diritto d'aborto, sia nell'esame dei precedenti storici, sia nella scelta delle linee-guida ivi elaborate per la legislazione statale, sia, infine, nella fondamentazione costituzionale e scientifica delle stesse e del criterio della *viability*, come rilevato anche da dottrine di per sé favorevoli all'aborto<sup>43</sup>; quanto poi alla sent. *Casey*, questa avrebbe traslato acriticamente numerosi passaggi della *Roe* e, anche nei punti in cui la superava (per es., la sostituzione del divieto di *undue burden*, sulla scelta della donna di abortire, alla partizione per trimestri adottata da *Roe*), lo faceva senza fornire criteri viabili né adeguati fondamenti al proprio ragionamento<sup>44</sup>.

In terzo luogo, rileva la praticabilità (*workability*), ovvero se la regola espressa dalla sentenza possa essere «compresa ed applicata in maniera coerente e prevedibile»<sup>45</sup>: qui la Corte si concentra sulla sent. *Casey*, affermando che il divieto di *undue burden*, sulla scelta della donna di abortire, risultava ineseguibile per la difficoltà di distinguere i gravami indebiti da quelli debiti o almeno accettabili. Analoga vaghezza e persino contraddittorietà si rilevano poi nei tre criteri sussidiari identificati da *Casey* a sostegno del divieto di *undue burden*<sup>46</sup>, i quali, oltre tutto, indurrebbero i giudici a valutare gli effetti di una misura normativa sulle donne, senza tenere nel debito conto che le stesse norme possono sortire effetti diversi su soggetti diversi, in ragione delle loro condizioni di vita. L'impraticabilità dei criteri adottati da *Casey* risulterebbe infine dimostrata dall'esperienza delle diverse corti negli anni successivi<sup>47</sup>.

In quarto luogo, gli effetti delle sentenze su altri settori del diritto: qui la Corte lamenta in breve come la fedeltà ai criteri di *Roe* e *Casey* abbia condotto in altre pronunce, nelle quali si versasse in tema di aborto, ad allontanarsi da principi giuridici ben definiti, come quelli inerenti la *res judicata*, la regola di salvaguardare i testi di legge quando ne sia possibile una lettura costituzionalmente legittima o quella di separare le disposizioni incostituzionali da un testo senza compromettere l'applicabilità delle altre sue disposizioni<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 45.

<sup>43</sup> V. *idem*, pp. 45-55.

<sup>44</sup> V. *idem*, pp. 55-56.

<sup>45</sup> Cfr. *idem*, p. 56.

<sup>46</sup> Si trattava del divieto di porre «un ostacolo sostanziale» sul percorso della donna che voglia abortire prima della *viability* del feto; del fatto che le disposizioni sul consenso informato non dovessero porre un indebito gravame sul diritto di abortire; dell'affermazione che simile indebito gravame potesse risultare da regole sanitarie non necessarie, che si risolvessero in un ostacolo sostanziale all'esercizio del diritto d'aborto. Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., *Opinion of O'Connor, Kennedy, and Souter, JJ.*, p. 878.

<sup>47</sup> V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 56-62.

<sup>48</sup> V. *idem*, pp. 62-63.

Infine, la mancata esistenza di un'esigenza di tutela dell'affidamento: qui la Corte, inizialmente, concorda con *Casey* sull'asserzione che la tutela dell'affidamento, quale si può ravvisare nel diritto delle obbligazioni, sorge a fronte di attività pianificate con precisione, caratteristica che non si ritrova nella decisione di abortire. Tuttavia, la sent. *Casey* passava poi a segnalare una forma più generica di affidamento, secondo cui le persone, da *Roe* in poi, avrebbero pianificato la propria vita familiare, sentimentale e riproduttiva, facendo affidamento sull'eventualità di poter ricorrere all'aborto; ma – obietta ora la Corte – una simile forma di affidamento non può essere tutelata dai giudici, perché dipende da una valutazione dell'effetto sociale del diritto di aborto, tema sul quale, non solo esistono pareri discordanti tra gli studiosi sociali (e tra gli *amici curiae* e le parti del processo *Dobbs*), ma, soprattutto, su cui la «Corte non ha né l'autorità né l'*expertise* per decidere in materia»<sup>49</sup>, con ciò escludendosi, quindi, che l'annullamento di *Roe* e *Casey* possa comportare effettivi problemi di tutela dell'affidamento<sup>50</sup>.

Seguono ulteriori paragrafi, dedicati a ribattere le argomentazioni in materia di *stare decisis* dell'opinione dissenziente, nonché quelle dell'opinione concorrente sul dispositivo del *Chief Justice* Roberts, il quale preconizza la necessità di superare la regola della *viability*, ma non vi ravvede la conseguente necessità di superare *Roe* e *Casey*, per quanto riguarda l'esistenza di un diritto di aborto<sup>51</sup>.

Ed è alla fine che la sentenza introduce uno dei punti focali del proprio percorso argomentativo: su quali parametri fondare eventuali future decisioni circa la costituzionalità delle leggi statali in materia di aborto. In sostanza, la Corte afferma che le leggi sull'aborto, al pari delle altre leggi in materia di salute e *welfare*, devono godere, fino a prova contraria, di una sostanziale presunzione di conformità a Costituzione, purché si fondino su basi razionali. Si può affermare l'esistenza di questo fondamento, se il Parlamento che le ha adottate ha ritenuto che il loro contenuto fosse adatto a tutelare legittimi interessi dello Stato. Tra questi interessi, la Corte elenca «il rispetto e la tutela della vita prenatale a tutti i livelli di sviluppo ...; la protezione della salute e dell'incolumità materne; la soppressione di procedure mediche particolarmente raccapriccianti ed incivili; la tutela dell'integrità della professione medica; la limitazione della sofferenza del feto; e la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, sul sesso o sulla disabilità»<sup>52</sup>.

Ci si consenta di notare che l'auto-determinazione della donna, già destituita – per quanto concerne l'aborto – dello *status* di diritto, non sembra riemergere neppure come valore la cui tutela possa costituire interesse dello Stato, anche se il verbo “includere”, premesso al

<sup>49</sup> Cfr. *idem*, p. 65.

<sup>50</sup> V. *idem*, pp. 63-66.

<sup>51</sup> V. *idem*, pp. 66-77.

<sup>52</sup> Cfr. *idem*, p. 78.

summenzionato elenco di interessi, può legittimamente far ritenere che l'elenco stesso non sia tassativo, bensì solo esemplificativo.

Alla luce di quanto finora esposto, la Corte ritiene costituzionalmente legittimo il *Gestational Age Act* del Mississippi, in quanto fondato su basi razionali, e la sentenza si chiude con le seguenti affermazioni riepilogative:

«Terminiamo quest'opinione là dove avevamo cominciato. L'aborto pone // una grave questione morale. La Costituzione non proibisce ai cittadini di ogni Stato di regolare o proibire l'aborto. *Roe* e *Casey* si erano arrogate tale autorità. Noi ora respingiamo quelle sentenze e restituiamo tale autorità al popolo e ai suoi rappresentanti elettivi»<sup>53</sup>.

#### 4. I punti di forza della sentenza

La sentenza *Dobbs*, come accennato, è stata oggetto di numerose critiche, talvolta scomposte ed ideologicamente orientate, talora più approfondite e basate su argomentazioni giuridiche articolate, anche laddove opinabili. È stato però giustamente rilevato come, al di là della crescente bipolarizzazione esistente nella società in materia di aborto, essa abbia fatto emergere una profonda bipolarizzazione sui principi giuridici ed interpretativi della Costituzione all'interno della Corte stessa<sup>54</sup>.

Indubbiamente, il testo presenta diversi punti problematici, sui quali si tornerà tra breve. Tuttavia, esso offre anche alcuni spunti felici, che potrebbero offrire l'occasione per una riflessione più spassionata sulla disciplina dell'aborto.

A parere di chi scrive, la sottrazione dell'aborto alla famiglia dei diritti di auto-determinazione costituisce, probabilmente, l'elemento più lineare e condivisibile della sentenza

<sup>53</sup> Cfr. *idem*, pp. 78-79.

<sup>54</sup> In tal senso, v. l'attenta analisi condotta da S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE On Line*, anticipazione del n. 3/2022, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/236>, in cui si nota come l'opinione della maggioranza e quella dei giudici dissenzianti «procedono ... lungo percorsi argomentativi "a specchio", ma che vengono qualificati reciprocamente come "deformanti" rispetto alla fisiologia dell'interpretazione e della giustizia costituzionale» e come persino l'aggettivazione utilizzata dai due documenti, per definire i presunti difetti del percorso dell'interlocutore, tenda da ambo le parti ad una drammatizzazione del confronto (p. 2). In ogni caso, secondo l'a., «la sentenza esprime tre livelli di rilevanza, che sono espressi da tre concetti "chiave" del costituzionalismo: poteri, garanzie, diritti, rispetto ai quali le *opinions* della maggioranza e della minoranza si pongono da prospettive opposte, *pur utilizzando i medesimi principi e istituti*» (p. 3; corsivi miei), rivelando così una frattura che trascende il caso concreto e finisce per riguardare appunto la concezione stessa del costituzionalismo. Ci si permetta di notare che il problema si è certamente accresciuto in occasione di tre recenti controversie pronunciate dalla Corte, nelle quali si è riprodotta la stessa frattura tra maggioranza e minoranza: oltre a *Dobbs*, si tratta di *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. \_\_ (2022), del 23 giugno 2022, in materia di limitazioni all'acquisto di armi, e di *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. \_\_ (2022), del 30 giugno 2022, riv. il 13 luglio 2022, in materia di politiche di tutela ambientale. Tuttavia, esso non è necessariamente destinato a riprodursi con sistematicità, almeno arguendo da altri recenti precedenti: la cit. sentenza *Ramos v. Louisiana*, per es., in occasione della quale erano già presenti otto dei giudici di *Dobbs*, li vide, pur con diversi distinguo, schierarsi così: Breyer, Sotomayor, Kavanaugh, Gorsuch e Thomas (oltre a Ginsburg) nella maggioranza, Alito, Roberts e Kagan nella minoranza.

*Dobbs*. Risolvere, infatti, la questione dell'aborto dando un sostanziale (anche se non assoluto) primato alla libertà di scelta della donna e configurando un vero e proprio diritto all'aborto, come aveva fatto *Roe*, falsava la questione, sotto almeno due punti di vista.

Da un lato, teorizzare un diritto (quello all'aborto) e porlo in relazione ad altre due esigenze (vita e salute della madre, vita e salute del nascituro), rubricate meramente come interessi che lo Stato può ritenere opportuno tutelare nella propria legislazione, comprometteva inevitabilmente il possibile bilanciamento legislativo (specie in presenza delle linee-guida dettate in *Roe*, ma anche dopo la loro sostituzione col criterio dell'*undue burden*, da parte di *Casey*) a favore dell'unico diritto riconosciuto in gioco. In tal senso, *Roe* era stata coerente, precisando, come si è già visto sopra, che alla «vita potenziale» del nascituro non fosse attribuibile lo *status* di persona, pena il profilarsi di un suo diritto alla vita, assoggettato allora alla riserva del *due process of law*, di cui proprio al XIV emend.

Ma proprio qui si poneva, d'altro lato, il secondo elemento falsante: l'assunzione, secondo cui la vita del nascituro fosse solamente «potenziale», risultava, infatti, sia insufficientemente fondata sul piano scientifico che parzialmente contraddittoria col ragionamento stesso della Corte. Insufficientemente fondata, perché in realtà la scienza, nonostante i grandi progressi fatti, non è ancora realmente in grado di definire con certezza il momento del sorgere della vita, tema su cui si ritornerà tra breve. Parzialmente contraddittoria, perché l'opinione di maggioranza in *Roe* aveva dichiarato di non voler assumere una posizione sul tema dell'inizio vita, stanti le divergenze d'opinione in materia tra medici, filosofi e teologi, ma in realtà, col *vademecum* sui trimestri di gravidanza, ne aveva assunto una ben precisa, in base a cui la vita del nascituro era potenziale e quindi diveniva attuale solo con la nascita (potendosi tutt'al più estenderne la tutela al momento della *viability*), donde la contraddizione con le proprie asserzioni precedenti, anche se tale posizione risultava, invece, pienamente coerente con la decisione finale della sentenza.

La Corte di *Dobbs* reitera la dichiarazione di non voler prendere una posizione in materia di inizio vita<sup>55</sup>, demandando ai Parlamenti statali, non tanto la relativa decisione, quanto il bilanciamento degli interessi in materia di aborto. Tuttavia, per il solo fatto di aver revocato il diritto d'aborto, come formulato in *Roe* e *Casey*, apre la strada alla possibilità che altre e diverse concezioni dell'inizio vita – purché razionalmente fondate – possano legittimamente essere prese in considerazione dai Parlamenti statali, nella loro opera di bilanciamento e disciplina del fenomeno dell'aborto. Donde l'apertura all'espressione «vita prenatale» (*prenatal life*)<sup>56</sup>, anche se la Corte si cautela, ogni volta che ricorre invece all'espressione «*unborn human being*», di precisare che la sta solo riprendendo dalla legge del Mississippi sotto esame<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 38.

<sup>56</sup> V. per es. *idem*, p. 78.

<sup>57</sup> V. per es. *idem*, p. 5.

Il diritto alla *privacy*, inteso come diritto all'auto-determinazione, all'assunzione di scelte esistenziali fondamentali senza intromissione dei poteri pubblici, non può quindi fondare un diritto d'aborto, perché l'interruzione della gravidanza non è cosa che riguardi solo la madre, bensì anche (e quanto...) il nascituro. Bisogna allora bilanciare gli interessi della madre all'auto-determinazione (sebbene, come sottolineato sopra, questo interesse non sia espressamente menzionato dalla Corte, tra quelli che i Parlamenti devono necessariamente considerare), alla salute ed alla vita, con l'interesse alla salute ed alla vita del nascituro. Dopo un simile ragionamento, che appare pienamente condivisibile, assai più debole risulta invece la costruzione degli interessi in materia, sia in quanto meri interessi, sia in quanto interessi che lo Stato può voler tutelare, ma su questo si tornerà fra breve.

Può la sentenza *Dobbs* aprire una stagione di più ponderata riflessione sulla questione dell'aborto? Anche se le prime reazioni parrebbero motivare un certo scetticismo, piace qui tentare di proporre almeno alcune domande e considerazioni, che potrebbero guidare una simile riflessione.

In primo luogo, un'argomentazione che la Corte non ha utilizzato, ma che sarebbe stato invece bene sottolineare, sia nell'indicare la peculiarità del supposto diritto di aborto rispetto agli altri diritti di auto-determinazione, sia nel momento in cui veniva richiamata la «libertà ordinata» nel cui quadro si possa riconoscere una libertà protetta dalla *due process clause* del XIV emend.: se il diritto mira a tutelare una libertà ordinata, una delle prime finalità a ciò sottese consiste nel fare sì che la convivenza sociale si informi a principi di equità e giustizia, che permettano una coesistenza pacifica e non la prevalenza della legge del più forte. Deve esistere, quindi, come principio fondamentale di un ordinamento sociale che si voglia equo, *in primis* di un ordinamento liberal-democratico, anche indipendentemente dal fatto di venir esplicitamente espresso nel dettato costituzionale, un principio di tutela del più debole. Orbene, in relazione al problema della gravidanza, il diritto di aborto, così come configurato in *Roe*, può adempiere a questa funzione soltanto sull'assunto che gli attori della relazione sociale in questione siano due: l'uomo e la donna. Che, in una relazione binaria di questo tipo, la legge debba tutelare la donna, in quanto anello debole della catena, è, nonostante i non pochi avanzamenti verso la parità giuridica e fattuale compiuti nello scorso e nel presente secolo, purtroppo ancora vero, come ci ricordano tragicamente, per es., i numerosi casi di femminicidio che insanguinano il nostro Paese. Ma il fatto è che, nella gravidanza, la relazione sociale in questione è ternaria, non binaria, comprendendo anche il nascituro. Ed indubbiamente, per la sua condizione di essere nelle primissime fasi di sviluppo, impossibilitato per diversi mesi a sopravvivere al di fuori del grembo materno, il nascituro è allora l'anello debole della catena, pur ferma restando la necessità di tutte le adeguate cautele a garanzia della madre.

Anche su un secondo punto di rilievo, la Corte non si è espressa né in *Roe* (pur con le riserve espresse sopra) né in *Dobbs*, partendo dalla constatazione dell'assenza di consenso in materia, pure nei cultori delle discipline (scienza medica, filosofia, teologia) che più hanno, da secoli, investigato in materia. Si tratta della questione di quando la vita cominci e, quindi, in termini di potenziali conseguenze giuridiche, di se e quando il diritto alla vita

– sempre che questo sia garantito dall’ordinamento giuridico... – possa essere applicato al nascituro e imponga quindi delle forme di bilanciamento, nel caso in cui dovesse entrare in conflitto con altri diritti<sup>58</sup>. Secondo *Roe*, coerentemente con l’impostazione allora adottata, quella intra-uterina sarebbe soltanto una vita potenziale, pur con le citate possibilità (ma non necessità) di offrirle forme di tutela dal settimo mese di gravidanza, in virtù della *viability* del feto. Nella maggior parte delle legislazioni sull’aborto al di fuori degli USA, però, l’interruzione della gravidanza è consentita solo fino a date variabili, ma più ristrette del sesto mese, divenuto di fatto la soglia statunitense dal 1973; lo stesso è accaduto in diversi degli Stati Uniti già durante e in vista del processo *Dobbs* o immediatamente dopo la pronuncia della Corte. Già questo fatto costituisce una dimostrazione, non solo di diverse scelte politiche, ma anche dell’impossibilità (allo stato attuale delle conoscenze scientifiche) di identificare una soglia condivisa.

Al tempo stesso, nonostante la sbrigativa liquidazione della cosa, operata a suo tempo in *Roe*, l’attribuzione di determinate capacità giuridiche al nascituro si rileva come una costante della civiltà giuridica occidentale, dal diritto romano<sup>59</sup> (per quanto, in questo, non necessariamente legata al riconoscimento della sua personalità e quindi concettualmente coesistente con la possibilità legale di abortire) ad oggi<sup>60</sup>. Né il fatto che in taluni casi, specie nel diritto delle successioni, i diritti del nascituro siano subordinati alla sua nascita significa alcunché, giacché, per es., proprio nel diritto successorio dei Paesi anglo-sassoni, la subordinazione del diritto di successione, da parte del testatore, a determinati eventi (per es., il compimento della maggiore età da parte dell’erede o il suo contrarre matrimonio) è comunissima anche per le persone già nate.

Alla luce di tutto questo, si ritiene che una ponderata riflessione sull’aborto non possa non partire dalla questione del sorgere della vita – e quindi della personalità – del nascituro. Come si è visto, la sent. *Roe* risolveva il problema qualificando come vita soltanto «potenziale» quella del feto (almeno fino alla *viability*), mentre la *Dobbs*, pur protestando di non avere gli strumenti per risolvere la questione e demandando quindi ai Parlamenti statali le relative scelte, apre in realtà, quanto meno, al concetto, non meglio definito, di «vita prenatale».

Ma il nucleo centrale del problema è quando il nascituro assuma una propria individualità e se, nel percorso di sviluppo costituito dalla gravidanza, incontri dei cambiamenti di

<sup>58</sup> In questa sede ci si riferisce a diritti, pur ben sapendo che tutti quelli coinvolti sono, in realtà, stati “derubricati” dalla Corte suprema (in parte in *Roe* e *in toto* in *Dobbs*) a meri interessi. Su questo tema problematico si tornerà tra breve.

<sup>59</sup> Si ricordi la notazione di Paolo in *Digesto* 1, V, 7, per cui «*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur; quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*», che acquistava rilevanza soprattutto in relazione al diritto successorio.

<sup>60</sup> Basti qui far riferimento, per il diritto italiano, agli artt. 462 (capacità di succedere delle persone fisiche), 715 (casi d’impedimento alla divisione testamentaria) e 784 (donazione a nascituri) del Codice Civile e alle misure a tutela dell’embrione contenute nella l. 19 febbraio 2004, n. 40 (norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e nella stessa l. 194/1978, cit.. Per quanto riguarda il diritto statunitense, si rinvia ai testi citati nella stessa sentenza *Roe*. V. sent. *Roe v. Wade*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 161-162.

condizione tali da modificarne l'intima essenza. Certamente, il concepimento costituisce un cambiamento di questo tipo: prima di esso, infatti, esistono solo due gameti, il maschile e il femminile, che, essendo aploidi, sono di per sé insuscettibili di svilupparsi in un individuo formato. Solo dal loro incontro si sviluppa, con lo zigote diploide, un corredo cromosomico completo ed atto ad identificare un soggetto personale<sup>61</sup>; dopo di che, con le prime moltiplicazioni cellulari, comincia un percorso di sviluppo ininterrotto, che passa inizialmente – senza alcuna pretesa di completezza espositiva – attraverso la formazione della morula, i processi di specializzazione delle cellule nei foglietti embrionali, l'annidamento, la blastocisti, ecc.. Se quelli fin qui elencati sono fenomeni scientifici ben definiti, la suddivisione del percorso in stadi di sviluppo è, invece, una convenzione, tant'è vero che, sui confini tra l'uno e l'altro stadio, spesso non vi è univocità, neppure nell'ambiente scientifico. Comunque, lo sviluppo passa attraverso gli stadi di embrione<sup>62</sup> e feto, poi, dopo la nascita, il soggetto diviene neonato, lattante, bambino, adolescente, giovane, uomo o donna maturo/a, anziano ed infine muore (sempre, naturalmente, che quest'ultimo evento non intervenga in una delle fasi precedenti).

Orbene, in questo processo evolutivo si dà un'enorme quantità di cambiamenti di stato, ma esiste una qualche cesura così netta da determinare un cambiamento di essenza – e non solo di condizione – del soggetto interessato? Se appuntiamo la nostra attenzione sulla nascita, questa determina certamente un significativo cambiamento di condizione, in quanto, prima di essa, le funzioni vitali del soggetto potevano realizzarsi solo in simbiosi con il corpo materno, mentre, dopo di essa, si svolgono autonomamente. Tuttavia, la coscienza del fatto che, poco prima della nascita, il feto abbia ormai sviluppato tutte le funzioni vitali (tanto da potere, in certi casi, sopravvivere anche ad un parto prematuro, specie dal settimo mese di gravidanza in poi) porterebbe a negare che si tratti di un cambiamento di essenza e ciò è talmente condiviso che, anche negli Stati in cui si consente l'aborto (e anche alla luce della stessa sent. *Roe*), questo non è mai libero fino alla vigilia della nascita. Né appare conclusivo il riferimento, così importante in *Roe*, alla *viability* del feto, cioè alla sua facoltà di sopravvivenza extra-uterina, in quanto, come rilevato dalla Corte in *Dobbs*<sup>63</sup>, tale facoltà appare condizionata da moltissimi fattori ed è prevedibilmente destinata ad essere anticipata dal progresso della scienza e delle tecnologie mediche<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> In una prospettiva giuridica, si esprime in tal senso A. CALVO MEJIDE, *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, in *Cuadernos de Bioética*, n. 2/2004, pp. 283-298 (v. pp. 291-293).

<sup>62</sup> Nella stessa comunità scientifica, non vi è univocità sul fatto che lo stadio embrionale si realizzi già dalla formazione della morula o non invece solo dal 14° giorno di gestazione. La discussione ha importanti ricadute etiche, giuridiche, operative (e, lo si lasci dire, economiche), nella misura in cui la discussa identificazione di una fase pre-embriionale si connette alla possibilità/liceità, o meno, di utilizzare le cellule staminali totipotenti, a diversi fini.

<sup>63</sup> V. per es. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 51-53.

<sup>64</sup> Ha recentemente sollevato grande interesse la vicenda di Curtis Means, un bambino statunitense nato prematuro, di sole 21 settimane, nel 2020 e sopravvissuto grazie alle cure mediche prestategli. V. per es. S. JAIN, *The Boy Who Made*

Orbene, non sembra proprio sostenibile l'ipotesi che un cambiamento di essenza si possa dislocare diversamente nel tempo, a seconda del progresso scientifico o a seconda di determinate condizioni socio-ambientali. Si è anche già visto sopra come la distinzione tra fase pre-embrionale ed embrionale non sia affatto condivisa univocamente, nel mondo scientifico<sup>65</sup>. Il fatto è che la scienza, nonostante i molti progressi fatti nella conoscenza del processo di sviluppo dell'essere umano, non sembra (ancora?) in condizione di identificare una fase in cui si realizzi un vero e proprio cambiamento di essenza, una volta compiutasi la diploidia dello zigote e quindi la formazione del corredo genetico, che identifica la persona. Peraltro, gli stessi tempi di realizzazione di questo passaggio non hanno solo interesse meramente conoscitivo, ma sono essenziali in relazione a questioni etiche e giuridiche di grande importanza, come per la c.d. "pillola del giorno dopo".

Se quindi, allo stato dell'arte, non sembra potersi identificare un passaggio che costituisca un cambiamento di essenza, dopo la fusione dei due gameti e la formazione del nuovo corredo cromosomico completo, non sarebbe allora meglio che il legislatore si attenesse al principio di precauzione<sup>66</sup>?

Naturalmente, ciò andrebbe temperato con gli altri interessi in gioco, in modo da comporre un bilanciamento più rispettoso possibile della vita umana, sia del nascituro che della madre. In tale prospettiva, per es., un divieto totale e generalizzato di aborto, anche di fronte a rischi per la salute o la vita della madre, oltre a configurare una violazione dei diritti di quest'ultima, può dar vita a situazioni obiettivamente insensate ed inumane, come dimostra la recente vicenda di una turista statunitense a Malta<sup>67</sup>. Questa, stando ai mezzi di comunicazione, aveva avuto una rottura anticipata delle acque che, danneggiando irreversibilmente le possibilità di vita del feto, lo aveva portato alla morte cerebrale. Siccome però il cuore batteva ancora, i medici maltesi non potevano intervenire, stante il divieto totale di aborto accolto dalla legislazione del Paese. Con ciò realizzandosi l'assurdo di mettere a grave rischio la salute (e, in caso di sepsi, anche la vita) della madre, senza neppure avere alcuna prospettiva di salvare quella del figlio...

---

*History As World's Most Premature Baby To Survive*, in NDTV, 12/11/2021, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.ndtv.com/offbeat/curtis-means-made-history-as-worlds-most-premature-baby-to-survive-2608099> .

<sup>65</sup> V. in proposito A. CALVO MEIJIDE, *op. cit.*, p. 291, secondo cui «L'introduzione di tale termine [pre-embrione] è soltanto una manipolazione del linguaggio, per giustificare l'utilizzazione scientifica dell'embrione umano come materiale genetico, passando sopra la gravità etica e morale della creazione ed utilizzazione dello stesso a fini di ricerca scientifica».

<sup>66</sup> La *Comunicazione COM(2000) 1*, della Commissione europea, p. 15, ricorda che «Il ricorso al principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; Una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione». Naturalmente una Comunicazione della Commissione UE non ha alcun rilievo giuridico negli Stati Uniti, ma il principio in essa espresso è di larga diffusione.

<sup>67</sup> V. per es. A. TAUB, *How an Abortion Ban Trapped a Tourist on Malta*, in *New York Times*, 23/6/2022, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/06/23/world/europe/malta-abortion-andrea-prudente.html> .

Inoltre, dato che la vita reale è, purtroppo, molto più fantasiosa della casistica giuridica, soprattutto sul versante delle tragedie, che fare quando la gravidanza sia conseguente ad uno stupro o ad un incesto<sup>68</sup>?

Queste e molte altre sono le domande – per inciso, valide indipendentemente da qualsiasi approccio religioso o filosofico di partenza – che i legislatori dovrebbero porsi, nel bilanciamento degli interessi/diritti coinvolti dalla questione dell’aborto, in una discussione che non volesse farsi inquadrare ideologicamente nella mera contrapposizione *pro-life v. pro-choice* e che volesse effettivamente sfociare in una disciplina fondata razionalmente, come auspicato dalla Corte stessa<sup>69</sup>. Sembra, però, che il clima politico degli USA sia, in queste settimane, piuttosto refrattario ad una valutazione ponderata del problema...

## 5. I profili problematici della sentenza

Accanto agli aspetti condivisibili della sentenza *Dobbs*, su cui ci si è finora concentrati, questa presenta, però, anche non pochi elementi di problematicità, ai quali è opportuno dedicare attenzione.

In primo luogo, se – alla luce di quanto già detto – si può condividere appieno l’orientamento della Corte a negare l’esistenza di un diritto all’aborto, desta preoccupazione, a questo punto, la riduzione di tutte le situazioni giuridiche soggettive coinvolte al mero *status* di interessi che lo Stato può (o meno) ritenere opportuno proteggere. Innanzi tutto, questa opzione dà sostanzialmente mano libera ai Parlamenti statali, dando luogo ad una situazione in cui la libertà di scelta ad essi garantita non potrebbe (almeno nella prospettiva della Corte) essere ristretta da nessun diritto costituzionalmente preconstituito, come è invece tipico dello Stato costituzionale, secondo quanto correttamente rilevato dall’opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan (e si noti che questa prospettiva può essere considerata dannosa, non solo da chi sostenga comunque il diritto d’aborto, ma anche da chi, invece, sostenga il diritto alla vita del nascituro). Meglio sarebbe stato, forse, dichiarare che il diritto di auto-determinazione, in relazione all’aborto, si dovesse

<sup>68</sup> Anche in questo caso, una vicenda particolarmente drammatica si è venuta a verificare nei giorni immediatamente successivi all’emissione della sentenza *Dobbs*, quando una ragazzina di soli 10 anni, trovatasi incinta a causa di uno stupro, non ha potuto abortire in Ohio, dove risiedeva, perché il locale Parlamento aveva già adottato una nuova legge che proibiva l’aborto oltre la sesta settimana di gravidanza, soglia che lei superava per pochi giorni. La ragazzina è così dovuta passare nell’Indiana per abortire. La notizia, data dall’*Indianapolis Star* dell’1 luglio 2022, è presto divenuta oggetto di polemiche tra il Presidente Biden, che la ha utilizzata in funzione pro-abortista, e diversi esponenti repubblicani, che son giunti a qualificarla come una bufala, finché non ne è stata dimostrata l’autenticità. V. S. RUDAVSKY, R. FRADETTE, *Patients head to Indiana for abortion services as other states restrict care*, in *Indianapolis Star*, 1/7/2022, disponibile *on-line* all’indirizzo <https://eu.indystar.com/story/news/health/2022/07/01/indiana-abortion-law-roe-v-wade-overturned-travel/7779936001/>; e E. IZADI, *How local journalists proved a 10-year-old’s abortion wasn’t a hoax*, in *Washington Post*, 28/7/2022, disponibile *on-line* all’indirizzo <https://www.washingtonpost.com/media/2022/07/28/ohio-abortion-journalism/>.

<sup>69</sup> V. per es. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 77-78.

considerare attenuato dal necessario bilanciamento col diritto alla vita del nascituro. Certo, una simile affermazione avrebbe costretto la Corte, come essa non ha invece voluto fare, a prendere posizione su un punto scientificamente controverso e riconoscere espressamente quest'ultimo diritto (fondabile peraltro – come *Roe* aveva intuito – proprio sulla stessa *due process clause* del XIV emend., su cui *Roe* aveva fondato il diritto d'aborto), ma avrebbe altresì permesso di aumentare le garanzie, per tutte le parti in causa.

Perché bilanciare diritti non è la stessa cosa che bilanciare interessi. Se si devono bilanciare diritti in collisione tra loro, la linea di equilibrio può comunque variare, in base alle scelte politiche, ma non può spingersi ad annullare o svuotare completamente nessuno di essi. Viceversa, se si bilanciano interessi, lo Stato può benissimo decidere che uno o più di essi debbano soccombere agli altri o che non sia comunque proprio interesse proteggerli. Nelle Costituzioni di democrazia sociale dal secondo dopoguerra in poi (ci si riferisce in particolare al nostro Paese, alla IV Repubblica francese, alla Germania e alle Costituzioni che sono venute dopo la caduta dei regimi autoritari e socialisti in Europa), pur con alcune eccezioni, la vita, la salute e l'auto-determinazione in materia sanitaria sono comunque ricostruite come diritti, siano essi menzionati espressamente oppure desunti dal contesto valoriale complessivo. Pertanto, possono essere bilanciati tra loro o con altri diritti costituzionalmente garantiti, ma non possono essere annichiliti, come dimostra il fatto che, ad es., nel nostro Paese, né la l. 194/78 cit., né la Corte costituzionale abbiano qualificato l'aborto come un diritto<sup>70</sup> e che, per contro, esso sia generalmente possibile, ma in un lasso temporale e con limitazioni procedurali e motivazionali assai più ampie di quanto non conseguisse alla sent. *Roe* (anche se non sempre l'attuazione pratica rispecchia le cautele del legislatore e del giudice, ma questo è un discorso che porterebbe troppo lontano...). Inoltre, il fatto che, in sede di aborto, si debbano bilanciare solo interessi discende da un aspetto problematico della Costituzione e della cultura sociale statunitensi. La Costituzione è del 1787-89 e, anche dopo l'approvazione di una serie di emendamenti, non ha mai accolto diritti diversi da quelli di libertà, approfondendo solamente, per ovvie ragioni storiche, la dimensione della non-discriminazione. Donde la tendenza delle corti e della società stessa a ricostruire i vari tipi di relazioni sociali secondo un modello essenzialmente privatistico ed individualistico. Non a caso, la stessa sent. *Roe* aveva ricostruito il diritto d'aborto nel quadro del diritto all'auto-determinazione individuale della donna; e, su questo profilo, *Dobbs* non ha affatto innovato, derubricando semplicemente il diritto a mero interesse. Ne deriva che, sia che si confronti con importanti proibizioni legislative dell'aborto, sia che disponga della libertà di scelta garantita dalla sent. *Roe*, la donna statunitense è, per così dire, "costituzionalmente sola", laddove l'aborto è invece un problema, a volerlo inquadrare correttamente, sociale, che non si può superare soltanto in termini

<sup>70</sup> Come ricorda giustamente G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 24/6/2022, disponibile on-line all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2379-a-proposito-della-bozza-alito-l-aborto-e-una-grave-questione-morale-e-non-un-diritto-costituzionale>.

di proibizione e repressione, ma richiede l'attivazione di tutte le risorse di solidarietà che i cittadini possano offrire e i poteri pubblici disporre e disciplinare (consultori, diffusione e corretta informazione sulla contraccezione, supporti economici e sostegno psicologico alle madri in difficoltà, possibilità di non riconoscere il figlio e darlo in adozione, politiche attive di sostegno alle famiglie – sia mono- che bi-parentali, e così via). Naturalmente, il taglio della Costituzione USA non impedisce alla Federazione ed agli Stati di adottare leggi e politiche sociali, anche in materia di aborto, tuttavia queste non hanno alcuna protezione costituzionale, mentre in quei Paesi europei, tra cui il nostro, in cui la Costituzione rinvia anche alla protezione della maternità e/o della famiglia, tali leggi e politiche sociali possono essere lette, se non come costituzionalmente necessitate, almeno come costituzionalmente indotte, proprio dalla necessità di bilanciare diritti ed indirizzi costituzionali. In secondo luogo, anche se si può condividere l'idea che la sent. *Roe*, indipendentemente dai contenuti, avesse comunque fornito un inquadramento dell'aborto talmente dettagliato da assumere di fatto un'impropria funzione legislativa, tuttavia, nella motivazione della Corte in *Dobbs* non convince l'argomentazione, sostanzialmente retorica, per cui tutto può essere rinviato al popolo e ai Parlamenti statali e la Corte dovrebbe limitarsi soltanto a valutare che le leggi in oggetto siano razionalmente fondate. Non convince, intanto, perché nello Stato costituzionale contemporaneo l'attività del legislatore non è totalmente libera, ma deve conformarsi a dei limiti costituzionali, che spetta proprio alle Corti (costituzionali o meno) far garantire, come si è già accennato sopra. Poi, perché i criteri della *rational basis review*, sulla quale dovrebbero poggiare i giudizi venturi della Corte, non vengono illustrati dalla stessa. Quindi, o questi dovranno limitarsi alla valutazione dell'esistenza di interessi che autorizzino lo Stato a legiferare (ma questa è solo che ovvia, in un tema come l'aborto) e del fatto che tali interessi siano stati presi in considerazione – qualunque sia il risultato – dai legislatori, o saranno invece definiti con chiarezza in una prossima pronuncia, oppure finiranno inevitabilmente per dar luogo a una giurisprudenza creativa, dai confini non meno incerti di quella fondata sull'*undue burden* della sent. *Casey*. Né appare realistico che la Corte creda davvero di potersi limitare alla funzione, vagamente arbitraria, da essa stessa prefigurata. *Quid juris*, infatti, se uno Stato dovesse approvare una legge che proibisse l'aborto ad ogni stadio della gravidanza, anche in presenza di rischi per la vita della madre? O, viceversa, che lo autorizzasse per qualsiasi ragione ed in ogni stadio della gravidanza, senza neppure il limite della *viability*? Appare logico credere che i sostenitori della linea rifiutata dalla legge in questione cerchino di rivalersi, ancorando dei ricorsi giurisdizionali a questa o quella disposizione costituzionale (ad es., il diritto alla vita nella *due process clause* del XIV emend.: nel primo caso si potrebbe obiettare che lasciare la vita della madre in balia degli eventi non è un *due process of law*; nel secondo, che non viene garantita alcuna protezione al diritto alla vita del nascituro...). Alla fin fine, quindi, la Corte dovrà ben prendere una qualche posizione e, pur senza ripetere l'errore di *Roe*, identificare almeno qualche elemento guida di un bilanciamento degli interessi in gioco, costituzionalmente sostenibile.

In terzo luogo, proprio l'opzione "neutralista" della Corte sembra destinata a rinfocolare una dialettica di confronto tra Federazione e Stati membri, potenzialmente suscettibile di

sfociare, con singolare eterogenesi dei fini, nella definitiva appropriazione federale della competenza legislativa in materia di aborto, sebbene, per il momento, sembri opporsi a tale prospettiva la differenza di maggioranza politica tra le due camere del Congresso. Come noto, l'art. 1, sez. 8, Cost., contiene un elenco delle materie di competenza federale, al quale si aggiungono tutte le materie eventualmente demandate al Congresso da altre disposizioni costituzionali e dai successivi emendamenti, come ha fatto, per es., proprio il XIV di essi. Inoltre, lo stesso art. 1, sez. 8, Cost., contiene la c.d. clausola dei poteri impliciti, in base alla quale il Congresso ha il potere «di fare tutte le leggi necessarie e idonee per l'esercizio dei poteri [espressamente elencati], e di tutti gli altri poteri che la presente Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti, od ai suoi dicasteri ed uffici». Storicamente, tale clausola ha consentito la progressiva espansione delle competenze federali, là dove: a) il Congresso abbia ritenuto di dover legiferare su una materia non elencata, a causa delle connessioni tra questa e le materie elencate; e, b) la Corte suprema, ove investita della questione, abbia avallato la lettura congressuale. Ciò ha fatto sì che, nel corso dei decenni, pur assistendosi sul lungo periodo ad un sostanziale ampliamento delle competenze federali, questo percorso non abbia avuto un andamento regolare, ma piuttosto ondivago, secondo gli orientamenti dei Presidenti (di solito – con una buona dose di semplificazione – più legati ad una visione filo-statale quelli repubblicani e più vicini ad un'opzione filo-federale quelli democratici) e la loro possibilità o meno di contare su un Congresso di analoga fede politica, nonché secondo gli orientamenti interpretativi prevalenti all'interno della Corte suprema. Basti pensare al duro confronto tra il Presidente F.D. Roosevelt e il Congresso, da un lato, e la Corte suprema, dall'altro, nei primi anni del *New Deal*, poi superato in virtù della plurima rielezione del primo e della possibilità da questi avuta, in quattro mandati, di modificare incisivamente la composizione della Corte stessa. In questo quadro di relativi *stop and go*, il contenimento delle competenze federali e una certa ri-espansione di quelle statali sembrano costituire oggi l'orientamento tendenziale della Corte, già dagli anni Ottanta del secolo scorso<sup>71</sup>. Anche per questo, può apparire strano il fatto che, nonostante le ostentate affermazioni di voler restituire la parola al popolo degli Stati ed ai suoi rappresentanti, nella critica della sent. *Dobbs* al precedente di *Roe*, ciò che viene contestato alla Corte del 1973 è, essenzialmente, il fatto di avere indebitamente svolto una funzione legislativa, sostituendosi ai Parlamenti, mentre non viene dato particolare rilievo al fatto che, per quella via, si fosse realizzato anche un sostanziale slittamento della competenza “normativa”, dal piano statale a quello federale<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Come rileva M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, II ed., 2014, p. 78.

<sup>72</sup> Aspetto, invece, lucidamente sottolineato dal giudice Scalia, nella sua opinione, in parte concorrente sul dispositivo e in parte dissenziente, sulla sent. *Casey*. Secondo Scalia, la sent. *Roe* «ha distrutto i compromessi del passato, ha reso impossibile il compromesso per il futuro ed ha ordinato che l'intera questione sia risolta uniformemente, a livello nazionale». Cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit., *Opinion of Scalia, J.*, p. 995 (corsivi miei).

Ora, alla sola luce dell'art. 1, sez. 8, Cost., non c'è il minimo dubbio che salute, famiglia e maternità non siano materie di competenza federale, tuttavia, come già accennato sopra, «il Congresso è incaricato di emanare le norme necessarie per l'applicazione» del XIV emend., per espressa disposizione della sez. 5 dello stesso. Di conseguenza, l'impianto della sent. *Roe*, oltre a portare la trattazione del tema a livello federale, attraverso le linee-guida formulate nella sentenza stessa, lo faceva (almeno potenzialmente) anche attraverso l'ancoraggio del diritto di aborto al XIV emend.. Essa, peraltro, non portava la propria impostazione alle estreme conseguenze, in quanto continuava ad indirizzare le proprie linee-guida ai Parlamenti statali, come a sottolineare che la competenza restasse la loro, pur nel quadro degli orientamenti definiti dalla sentenza; ed in effetti, anche dopo il 1973, gli Stati hanno continuato a legiferare in materia, seppure sotto la spada di Damocle che, un giorno, il Congresso potesse ritenere venuto il momento di «emanare le norme necessarie per l'applicazione» del diritto d'aborto, cosa che, evidentemente, non si è rivelata necessaria, proprio per il carattere stringente ed uniformatore delle linee-guida della sent. *Roe*.

Così stando le cose, oltre all'annullamento delle sentt. *Roe* e *Casey*, la negazione di un diritto d'aborto fondato sul XIV emend. risultava logicamente necessaria, perché la Corte potesse far ri-espandere, in piena sicurezza, le competenze statali in materia, escludendo così, in linea di principio (sebbene la Corte non si sia pronunciata esplicitamente in tale direzione), ogni competenza federale.

La sentenza *Dobbs*, quindi, parrebbe – tra le altre cose – confermare il succitato *trend* di rivalutazione delle competenze statali. Nonostante questo, però, si può già ricostruire uno scenario che giustifichi un intervento federale, peraltro già tentato più volte (e non solo a ridosso della sent. *Dobbs*)<sup>73</sup> ed apparentemente considerato plausibile dallo stesso giudice Kavanaugh<sup>74</sup>.

In proposito, conviene partire dal fatto che, pur sostenendo l'inesistenza di un diritto costituzionale all'aborto, la Corte non ha posto sostanziali restrizioni contenutistiche alla libertà d'azione dei Parlamenti statali. Pertanto, già dai primi giorni successivi alla sentenza, ha cominciato a delinearsi una mappa molto variegata della geografia legislativa statunitense

<sup>73</sup> Dal 2013, ben 7 progetti di legge dallo stesso nome (*Women's Health Protection Act*) sono stati regolarmente presentati in ogni legislatura, senza esito. Il penultimo, lo *Women's Health Protection Act 2022*, presentato pochi giorni prima della sent. *Dobbs*, è stato approvato alla Camera dei Rappresentanti, ma bocciato al Senato; dopo di che, il 7 luglio 2022, un nuovo progetto dalla medesima intestazione è stato ripresentato alla Camera dalla Rappresentante Judy Chu. È stato poi approvato dalla Camera, ma è ancora pendente in Senato, l'*Ensuring Access to Abortion Act 2022*, che mira a proibire limitazioni agli spostamenti delle donne che viaggiassero da uno Stato all'altro per abortire. Mentre il Presidente Biden ha adottato l'8 luglio 2022 l'*Executive order 14076 (Protecting Access to Reproductive Healthcare Services)* che prevede alcune misure di sostegno all'uso della contraccezione, alla tutela della *privacy* nell'accesso ai servizi di salute e alla difesa processuale delle donne che dovessero subire processi per aver abortito.

<sup>74</sup> Si tratta forse di una sfumatura, ma sta di fatto che, nella propria opinione concorrente, Kavanaugh abbia affermato che «Sulla questione dell'aborto, la Costituzione ... è neutrale e lascia che la questione sia risolta dal popolo e dai suoi rappresentanti eletti, attraverso il processo democratico, // negli Stati o nel Congresso», suggerendo quindi la liceità di un futuro intervento legislativo federale in materia. Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Kavanaugh, J., concurring*, pp. 2-3 (corsivi miei).

in tema di aborto, con Stati che lo proibiscono in ogni stadio della gravidanza, salvo i casi di rischio per la vita della madre, Stati che lo autorizzano pressoché sempre e, soprattutto, un'enorme varietà di soluzioni intermedie. In questo contesto, si è manifestato – com'era facile prevedere – il fenomeno per cui molte donne si spostano dal proprio Stato, più proibizionista, verso altri Stati più permissivi, per poter abortire. Alla luce dei numerosi precedenti e considerando che tali spostamenti determinano una consistente attività economica (tanto più che il settore privato ha, nella sanità degli USA, un'importanza ben maggiore che nel nostro Paese), non verrebbe fatto di pensare che – perduta la possibilità di rifarsi al XIV emend. – il Congresso federale possa avocare a sé la competenza in materia di aborto, in base alla *interstate commerce clause* dell'art. 1, sez. 8, Cost., che, storicamente, è stata la clausola costituzionale più efficace, per giustificare l'assunzione di competenze legislative federali in materie non enumerate dallo stesso articolo?

Orbene, anche se una simile ipotesi potrebbe sembrare una forma di *humour* nero, è invece proprio quanto preconizzato dalla sez. 2 della nuova versione dello *Women's Health Protection Act 2022* (H.R. 8296), presentato alla Camera dei Rappresentanti il 7 luglio 2022 (poche settimane dopo la bocciatura di un suo omonimo), approvato dalla stessa il 15 luglio ed attualmente all'esame del Senato. Questa sezione illustra le basi e le finalità (*findings and purpose*) del progetto stesso e, dopo le considerazioni sull'importanza dei servizi abortivi per la salute delle donne e per la loro libertà di determinare le proprie scelte di vita (secondo il modello che era stato accolto dalla sent. *Roe* e che giustifica qui un nuovo richiamo alla sez. 1 del XIV emend.), nonché una lunga dissertazione volta a dimostrare come le proibizioni dell'aborto si riverbererebbero, prima di tutto, sui gruppi svantaggiati (suggerendo, quindi, che violino anche le norme costituzionali anti-discriminatorie), finisce però per ancorare la titolarità del Congresso federale a legiferare in materia, prima di tutto proprio sulla *interstate commerce clause*, considerando che «... le persone attraversano i confini di Stato o comunque si dedicano a [forme di] commercio interstatale per accedere a questo essenziale servizio medico e ancor più sarebbero costrette a farlo in mancanza di questa legge. Allo stesso modo, dei medici attraversano i confini di Stato o comunque si dedicano a [forme di] commercio interstatale per garantire alle pazienti i servizi per l'aborto e ancor più sarebbero costretti a farlo in mancanza di questa legge. ... I medici si dedicano a una forma di attività economica e commerciale, quando forniscono servizi per l'aborto, ed esiste un mercato interstatale di servizi per l'aborto»<sup>75</sup>. Dato il risultato del suo omonimo precedente, non sembra plausibile che il progetto H.R. 8296 venga approvato nella presente legislatura, ma ben potrebbe esserlo, ove – com'è

<sup>75</sup> Cfr. *Women's Health Protection Act 2022* (H.R. 8296), sez. 2, nn. 23-24. Naturalmente, il testo fa riferimento anche alla sez. 1 del XIV emend., ma, comprensibilmente, non calca molto la mano su questo riferimento, dato che è stato appena rifiutato dalla sent. *Dobbs*. Il testo del progetto di legge è disponibile *on-line* sul sito del Congresso, all'indirizzo <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8296/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Women%27s+Health+Protection+Act+2022%22%2C%22Women%27s%22%2C%22Health%22%2C%22Protection%22%2C%22Act%22%2C%222022%22%5D%7D&r=1&s=2>.

prevedibile – reiterato, nelle prossime, specie se il Partito Democratico dovesse riuscire a conservare la maggioranza alla Camera ed a conquistarla in Senato<sup>76</sup>.

Ove approvata, la legge sarebbe certamente oggetto di qualche ricorso, prima di tutto da parte di qualcuno degli Stati che ritenessero incostituzionale l'assunzione di poteri legislativi in materia, da parte del Congresso federale. In questo caso, la Corte sarebbe giudice di unica istanza, ai sensi dell'art. 3, sez. 2, c. 2, Cost.: potrebbe, allora, limitarsi soltanto a dichiarare incostituzionale la legge federale, negando l'utilizzabilità della clausola del commercio interstatale, o non sarebbe piuttosto costretta a fornire alcune linee per il necessario riavvicinamento delle legislazioni in materia di aborto, una volta constatato che la loro divaricazione comporta la possibile conseguenza di un intervento federale? Oltre tutto, si può notare che la clausola in oggetto potrebbe essere invocata anche da un'eventuale maggioranza *pro-life*, all'interno del Congresso, nella prospettiva di adottare una legge federale restrittiva delle possibilità di aborto, anziché una che le tuteli, come nel testo in esame. Orbene, anche in questo caso la Corte si troverebbe a confrontarsi con gli stessi problemi, sia pure dovendo esaminare un testo di orientamento opposto...

*Last but not least* (anzi!...), il quarto aspetto problematico della sent. *Dobbs* è il ricorso, fatto dalla maggioranza (tranne il Presidente Roberts), a un'interpretazione costituzionale di tipo originalista, che ha suscitato accuse di deriva conservatrice e timori che l'annullamento del diritto d'aborto possa estendersi presto ad altri diritti inespressi, finora coperti dalla *due process clause* del XIV emend.<sup>77</sup>

Anche su questo tema, appare però necessario fare alcuni distinguo. In quanto tale, l'interpretazione originalista non è conservatrice, né progressista<sup>78</sup>, ma costituisce un criterio ermeneutico orientato alla maggior adesione possibile alla letteralità del testo, onde evitare che il giudice, attraverso interpretazioni eccessivamente creative, finisca, foss'anche involontariamente, per svolgere un'azione sostanzialmente legislativa, violando così il princi-

<sup>76</sup> Va comunque precisato che il *cleavage* nelle opinioni in materia di aborto non ricalca totalmente quello partitico. Tuttavia, in linea di massima, si può affermare che nel Partito Repubblicano risulti maggioritaria l'opzione *pro-life* e nel Democratico quella *pro-choice*. Peraltro, nonostante la forte bipolarizzazione in corso, le posizioni di molti parlamentari e cittadini statunitensi non sono necessariamente riconducibili a questi due schieramenti.

<sup>77</sup> Come si è ricordato sopra, l'opinione della maggioranza, in *Dobbs*, esclude espressamente questa ipotesi, stante la peculiarità dell'aborto rispetto alle altre fattispecie finora garantite in base al diritto all'auto-determinazione, tuttavia l'opposta interpretazione fornita dall'opinione concorrente del giudice Thomas ha costituito motivo di allarme, tanto per i giudici dissenzienti, quanto per l'opinione pubblica. V. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Thomas J., concurring*, p. 3, e *Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting*, pp. 25-26.

<sup>78</sup> V. in proposito L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, disponibile *on-line* sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione-una-risposta](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta). Afferma inoltre, correttamente, Q. CAMERLENGO, *Originalismo e "living Constitutionalism"*, *tra domanda di Costituzione e principi supremi*, che «l'originalismo è congeniale alla affermazione di posizioni conservatrici o, all'opposto, progressiste nella misura in cui, però, lo stesso testo costituzionale sia il frutto di orientamenti politici conservatori o, rispettivamente, progressisti». L'articolo è disponibile *on-line* sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-living-constitutionalism-tra-domanda-di-costituzione-e-principi-supremi>.

pio della separazione dei poteri<sup>79</sup>: che è poi una delle principali critiche rivolte dalla sent. *Dobbs* a *Roe*. Nelle parole della stessa sent. *Dobbs*, «nell'interpretazione di cosa significhi il riferimento del XIV emendamento alla "libertà", dobbiamo guardarci dalla naturale tendenza umana a confondere ciò che l'emendamento protegge con le nostre appassionate opinioni sulla libertà di cui dovrebbero godere gli Americani»<sup>80</sup>.

Peraltro, non si può dimenticare che, negli Stati Uniti, l'universo dei sostenitori di un approccio originalista non è monolitico, ma si articola in diverse declinazioni: ad una corrente più radicale, secondo cui l'interpretazione (in sede di questione di costituzionalità di una legge) dovrebbe rifarsi esclusivamente agli "intendimenti originari" del legislatore costituente, si affiancano, almeno, quella che fa riferimento alle intenzioni delle assemblee che hanno ratificato il testo, quella che si rifà al dibattito pubblico sorto in occasione della discussione ed approvazione del testo e quella che esamina i criteri interpretativi in uso all'epoca dell'approvazione del testo<sup>81</sup>. A queste correnti principali, se ne affiancano poi altre, che si potrebbero definire "ibride" e che non sono accolte solo da giuristi di orientamento conservatore, in particolare il *framework originalism* di Jack Balkin<sup>82</sup>, secondo cui l'originalismo appresterebbe soltanto per i «giudici una cornice di principi e regole ... che lasciano però aperta la possibilità per le future generazioni "di costruire e realizzare la Costituzione-in-pratica"»<sup>83</sup>. Queste ultime correnti presentano una maggiore o minore apertura agli assunti delle principali scuole interpretative che si è soliti opporre all'originalismo, ovvero: a) quella della *living Constitution*, secondo la quale «la materia costituzionale, pur definita dalle disposizioni della Carta fondamentale, si presta ad accogliere elementi inediti, anche in virtù di interpretazioni [giurisprudenziali] evolutive degli stessi enunciati, affinché il testo sia adattato, in assenza di formali revisioni costituzionali, alle trasformazioni in atto nella società»<sup>84</sup> (e si vedrà tra breve quanto pesi il problema dell'assenza di formali revisioni costituzionali); e, b) quella della *active liberty*, «incentrata sulla partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e sul loro concorso all'interpretazione»<sup>85</sup>. Tuttavia, il rischio che l'interpretazione originalista si presti ad essere soltanto «uno stragemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore»<sup>86</sup> può ragionevolmente essere paventato, a fronte, alme-

<sup>79</sup> Per una critica dell'originalismo, enunciata da uno dei protagonisti del dissenso alla sent. *Dobbs*, v. S. BREYER, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, Knopf, 2010.

<sup>80</sup> Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 14.

<sup>81</sup> V. in proposito R. BALDUZZI, *Politica e magistratura*, Milano, 2021, pp. 107-108.

<sup>82</sup> Teorizzato nel volume dal significativo titolo di *Living Originalism*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011.

<sup>83</sup> Cfr. L.P. VANONI, *op. cit.*.

<sup>84</sup> Cfr. Q. CAMERLENGO, *op. cit.*.

<sup>85</sup> Cfr. R. BALDUZZI, *op. cit.*, p. 107. Di quest'ultima corrente è esponente il giudice S. BREYER, di cui si veda *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Vintage Books, 2005.

<sup>86</sup> In tal senso, cfr. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, disponibile on-line sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la->

no, di quella parte della corrente originalista che si rifà alla ricerca degli “intendimenti originari” del legislatore, senza lasciar spazio ad alcuna interpretazione evolutiva.

In tale prospettiva, anche i criteri interpretativi del radicamento di un diritto nella storia e nelle tradizioni del Paese, nonché della sua ricomprensibilità all’interno di uno schema di “libertà ordinata”, che pure costituiscono da decenni un consolidato orientamento della Corte, appaiono suscettibili di letture particolarmente restrittive, là dove si dia il primato assoluto alla volontà originaria del legislatore costituente.

Sebbene non sia interamente questo il caso dell’impostazione data dal giudice Alito alla sentenza *Dobbs*, certo se ne possono rilevare tracce importanti, che sembrano avvicinarla alle letture più strette del canone originalista. In primo luogo, come si è già ricordato sopra (n. 31), la Corte contesta, alle deduzioni presentate dalla *Jackson Women’s Health Organization*, che queste «non siano state capaci di dimostrare // che un diritto costituzionale all’aborto fosse consolidato *quando è stato adottato il XIV emend.*»<sup>87</sup>, con ciò riferendosi, non tanto all’intendimento originario del legislatore, quanto, per lo meno, allo stato della legislazione e della sensibilità sociale diffusa nel 1868. Da ciò la decisione di compiere, nelle appendici A e B, un’esposizione dettagliata delle legislazioni in materia di aborto al 1868, ovvero – appunto – alla data di approvazione del XIV emendamento. Tale scelta presta il fianco, almeno, a due critiche. In primo luogo, la dimostrazione che il diritto d’aborto non fosse radicato nella storia e nelle tradizioni del Paese sarebbe stata tanto più agevole con un *excursus* storico che desse conto delle legislazioni e del dibattito al momento dell’emissione della sent. *Roe* e dell’intensità dello stesso dibattito odierno: orbene, la Corte fa questo nelle proprie argomentazioni, ma allora perché, nell’appendice, non limitarsi a, o almeno aggiungere, lo stato della legislazione al 1973? In secondo luogo, se ci si attiene troppo strettamente alla volontà del legislatore al momento dell’approvazione del testo (o dell’emendamento) costituzionale, quale possibilità di adattamento dei valori costituzionali all’evoluzione sociale si può realizzare? Avrebbe allora ragione il giudice Thomas, nel rivendicare la revisione di altre sentenze che hanno collegato al diritto all’auto-determinazione diritti personali cui certamente non pensava il revisore costituzionale del 1868? Chiaro che, per fare un esempio lampante, nelle legislazioni di quell’anno non c’era alcuno spazio per il matrimonio omosessuale di cui alla sent. *Obergefell v. Hodges* del 2015...

Da questo punto di vista, appare altresì evidente che, contrariamente a quanto ipotizzato da commenti di natura esclusivamente politica e dalla semplificazione giornalistica, la sentenza *Dobbs* non assume affatto una prospettiva *pro-life*<sup>88</sup>. Innanzi tutto, perché, pur affermando l’inesistenza di un diritto costituzionale d’aborto, essa non sostituisce alle in-

lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politicita-della-corte-suprema-degli-stati-uniti .

<sup>87</sup> Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, pp. 25-26 (corsivi miei).

<sup>88</sup> Come sottolinea l’opinione concorrente del giudice Kavanaugh, «Sulla questione dell’aborto, la Costituzione non è ... né *pro-life*, né *pro-choice*. La Costituzione è neutrale e lascia che la questione sia risolta dal popolo e dai suoi rappre-

dicazioni di *Roe* e *Casey* altre indicazioni di segno contrario, ma anzi, nel demandare agli Stati le decisioni in materia, contempla espressamente l'ipotesi che «il popolo dei diversi Stati possa valutare diversamente [gli interessi in causa]. *In certi Stati, gli elettori possono ritenere che il diritto d'aborto debba essere ancor più estensivo del diritto riconosciuto da Roe e Casey.* In altri Stati, gli elettori possono desiderare di imporre stringenti restrizioni, fondate sul loro convincimento che l'aborto distrugga un “essere umano non nato”<sup>89</sup>. Poi, perché l'approccio strettamente originalista non può dar seguito a un'interpretazione evolutiva su altri aspetti di una visione compiuta e coerente di difesa della vita (peraltro non accolta neppure da molti militanti *pro-life* americani, che restringono incomprensibilmente il campo della loro opzione alla questione aborto): come si potrebbe dichiarare incostituzionale la pena di morte, se la Costituzione addirittura la presuppone, semplicemente sottoponendola alle esigenze del *due process of law*? Se anche ci si volesse appellare all'VIII emendamento<sup>90</sup>, che proibisce di infliggere «pene crudeli e inusitate», come si potrebbe dimostrare che nel 1791 (data di adozione dello stesso) la pena di morte fosse considerata tale? E, come conferma la sent. *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, del 23 giugno scorso, come ritenere costituzionale una restrizione del «diritto dei cittadini di tenere e portare armi», ex II emendamento, nonostante le periodiche stragi compiute da folli e fanatici di ogni sorta, con drammatica regolarità?

## 6. I problemi istituzionali sullo sfondo

Il fatto è che, al di là della ovvia delicatezza della questione aborto, sia l'intensità delle polemiche in corso, sia il potenziale impatto che una lettura di originalismo stretto potrebbe avere sul sistema politico e giuridico americano, non possono essere pienamente

---

sentanti elettivi, attraverso il processo democratico, // negli Stati o nel Congresso – come per numerose altre, difficili questioni di politica sociale ed economica ... che la Costituzione non affronta.

Poiché la Costituzione è neutrale sulla questione dell'aborto, anche questa Corte deve essere scrupolosamente neutrale. I nove componenti non elettivi di questa Corte non possiedono il potere costituzionale di scavalcare il processo democratico e di imporre, a tutti i 330 milioni di persone degli Stati Uniti, un indirizzo *pro-life*, oppure *pro-choice*, in materia di aborto». Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., Kavanaugh, J., concurring, pp. 2-3. V. in proposito anche N. Zanon, La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh, disponibile on-line sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, all'indirizzo <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh>.

<sup>89</sup> Cfr. *Dobbs v. Jackson...*, cit., *Opinion of the Court*, p. 31 (corsivi miei).

<sup>90</sup> È quanto fatto dalle sentenze *Atkins v. Virginia* del 2002 e *Roper v. Simmons* del 2005, che hanno dichiarato incostituzionali, rispettivamente, la pena di morte inflitta a disabili mentali e quella inflitta a minorenni al momento del delitto. Nel primo caso, l'inusualità della pena venne desunta dal fatto che la grande maggioranza degli Stati membri dove esisteva la pena di morte, non la prevedesse per i disabili mentali, e la sua crudeltà dal fatto che essa non potesse assolvere né una funzione di deterrenza (verso altri disabili mentali) né una retributiva, dato che il reo non ne poteva comprendere il senso, la portata e le conseguenze. Nel secondo caso, il monitoraggio sull'inusualità della pena si estese dalle sole leggi degli Stati USA a quelle degli altri Paesi, scelta, questa, decisamente innovativa per gli *standard* della Corte.

compresi, a parere di chi scrive, senza una riflessione su alcuni elementi di “blocco” delle istituzioni statunitensi, che in questi ultimi anni, complice anche la radicalizzazione di alcune forze politiche (in particolare del Partito Repubblicano), stanno rischiando di mettere a dura prova la tenuta stessa. Si tratta di questioni che non hanno una connessione diretta con l’aborto, bensì col ruolo della Corte suprema, e che pertanto si riverberano anche sulle posizioni da essa espresse in materia di aborto e, soprattutto, sulla percezione di tali posizioni, da parte del grande pubblico.

### 6.1. Le modalità di nomina dei giudici

La Costituzione degli Stati Uniti si fonda su un principio cardine, organizzativo e valoriale al contempo, quello della separazione dei poteri, per garantire il quale ha introdotto anche soluzioni di ingegneria costituzionale molto raffinate. Tuttavia, in questo grande disegno, c’è un’importante e stridente dissonanza: la nomina dei «giudici della Corte suprema e tutti gli altri pubblici funzionari degli Stati Uniti» (tra i quali i giudici delle altre Corti federali istituite più tardi dal Congresso), cioè la nomina dei componenti del Potere giudiziario federale, ad opera del Presidente, organo di vertice del Potere esecutivo, col consenso del Senato, parte del Potere legislativo, secondo l’art. 2, sez. 2, c. 2, Cost.. È vero che, dopo la nomina, i giudici godono delle maggiori garanzie di indipendenza, essendo in carica *during good behaviour* (in pratica a vita, salvo rimozione tramite *impeachment*) ed essendo assoggettati soltanto alla Costituzione ed alle leggi, tuttavia resta il problema che i diversi Presidenti, attraverso le proprie scelte, cercano attivamente di influenzare gli orientamenti e la filosofia giurisprudenziali delle corti federali e in particolare della Corte suprema e, tramite questa, l’interpretazione prevalente della Costituzione.

Ne conseguono almeno due elementi critici. Il primo è che il cittadino statunitense è abituato a ragionare in termini di giudici “repubblicani” e “democratici”; orbene, tale distinzione ha, nella vita quotidiana delle corti, meno importanza di quanto si possa credere (come ricordato sopra, alla n. 54), data l’effettiva indipendenza dei giudici, ma è inevitabile che in occasione di decisioni di particolare importanza della Corte suprema, come quella sull’aborto, questo *cleavage* riacquisti importanza, non perché i giudici siano in alcun modo influenzabili dalle indicazioni dei partiti, ma perché sono stati scelti dai Presidenti proprio in considerazione del loro orientamento giurisprudenziale sui temi essenziali dell’interpretazione costituzionale e legislativa. Ciò rende inevitabile, per i profani, una lettura delle sentenze molto più politica di quanto queste non siano in realtà, specie quando, come nel caso in questione e nelle altre due coeve sentenze sopra citate, la distribuzione del voto dei giudici corrisponde, in effetti, all’orientamento politico dei Presidenti che li hanno nominati. In secondo luogo, la carica, potenzialmente a vita, dei giudici costituisce certamente un elemento fondamentale della loro indipendenza, ma comporta la conseguenza che la modifica dei componenti della Corte suprema segua ritmi randomici, che possono dar luogo a fenomeni di squilibrio, come evidenzia, ad es., il fatto che i Presidenti Obama e George Bush jr., in otto anni di mandato, si siano trovati a nominare solo due giudici della Corte suprema a testa, mentre il presidente Trump, in soli quattro anni, abbia

potuto nominarne tre<sup>91</sup>. Se a questo si aggiungono alcuni recenti ed inediti comportamenti di grave scorrettezza da parte del Senato, che ha rifiutato di confermare la nomina del giudice Garland, avanzata dal Presidente Obama nel marzo 2016, sull'assunto che ci si trovava nell'anno dell'elezione presidenziale, salvo poi consentire tranquillamente la nomina della giudice Barrett da parte del Presidente Trump nel settembre 2020, soltanto pochi giorni prima dell'elezione presidenziale, non può stupire che il cittadino comune sia portato a considerare la Corte come un soggetto politico e ad interpretare in tale ottica le sue sentenze, perdendo di vista quanto in esse sia invece meritevole di riflessione.

Anche scartando l'ipotesi di istituire un organismo simile al nostro CSM, soluzione tradizionalmente estranea alla cultura istituzionale anglosassone, una simile deriva potrebbe forse essere bloccata istituendo un organismo indipendente che istruisca, su basi oggettive, il procedimento di nomina, lasciando al Presidente (e al Senato) una limitata scelta tra pochi nominativi, selezionati in base al merito (cosa che presumibilmente sarebbe realizzabile a Costituzione immutata), oppure attribuendo ad altri soggetti la nomina dei giudici, quanto meno della Corte suprema (ma questo richiederebbe un emendamento costituzionale).

## 6.2. Le modalità di elezione del Presidente

Come noto, il Presidente degli Stati Uniti è eletto a suffragio universale, ma indiretto: i cittadini eleggono un collegio di grandi elettori, che a sua volta elegge, a maggioranza assoluta, il Presidente e il Vicepresidente<sup>92</sup>. Nel disciplinare l'elezione dei grandi elettori, ad oggi ben 48 Stati su 50 utilizzano un sistema maggioritario di lista a turno unico, in base al quale tutti i posti di grande elettore spettanti allo Stato vanno alla lista che ha ottenuto più voti<sup>93</sup>. Tale sistema ha una fortissima carica distorsiva, rispetto all'andamento del voto popolare, esemplificata dall'eventualità in cui venga eletto Presidente il candidato che, in conseguenza della distribuzione geografica del voto, abbia ottenuto più elettori presidenziali, pur essendo arrivato secondo sul piano del voto popolare. Tale eventualità non è frequente e non si è mai realizzata nel XX sec., ma si è già verificata due volte in questo scorcio del XXI. Inoltre, l'esperienza storica dimostra che, proprio per l'importanza che la distribuzione geografica del voto riveste in uno scrutinio così organizzato, tale eventualità non è neppure politicamente neutra: eccettuando il caso del 1824, in cui il sistema di partiti era ancora fluido e, comunque, l'elezione finale spettò alla Camera dei Rappresentanti,

<sup>91</sup> È stata peraltro notata una crescente propensione dei giudici della Corte suprema, ove intenzionati a dimettersi dall'incarico, a farlo quando sia in carica un Presidente dello stesso orientamento politico di quello che li aveva scelti. V. A. WARD, *Deciding to Leave: The Politics of Retirement from the United States Supreme Court*, Albany, SUNY Press, 2003.

<sup>92</sup> Dato il carattere bipartitico del sistema di partiti, non acquista generalmente rilevanza la previsione dell'art. 2, sez. 1, c. 4, Cost., poi modificata nel 1804 (ma non nella parte che qui interessa) dal XII emend., per cui spetterà alla Camera dei Rappresentanti eleggere il Presidente e al Senato il Vicepresidente, ove, nel voto dei grandi elettori, nessun candidato ottenga la maggioranza assoluta di essi. Tali previsioni hanno avuto attuazione solo due volte, nel 1800 e nel 1824.

<sup>93</sup> Solo in Maine e in Nebraska vengono utilizzati i collegi elettorali delle elezioni congressuali, per cui due elettori sono eletti in collegio unico nazionale e gli altri in collegi uninominali, sempre con sistema maggioritario a un turno. Ciò ha portato nel 2008, in Nebraska, all'elezione di quattro elettori repubblicani ed un democratico.

in tutti gli altri quattro casi (1876, 1888, 2000 e 2016) l'effetto distorsivo ha giocato a favore del candidato repubblicano, mai di quello democratico<sup>94</sup>.

Il “risultato invertito” delle elezioni presidenziali, poi, sta avendo una conseguenza drammatica sulla Corte suprema e sulla sua credibilità. Infatti, nella Corte che ha pronunciato la sentenza *Dobbs*, sedevano ben tre giudici su nove nominati da un Presidente che, se il voto dei cittadini statunitensi non fosse stato indiretto, non sarebbe stato eletto e pertanto non avrebbe potuto nominarli<sup>95</sup>. Indubbiamente, la consapevolezza di questo può a sua volta indurre i cittadini ad attribuire alla Corte un tasso di politicità – e di politicità distorta – superiore a quanto giustificerebbe il suo comportamento complessivo.

Anche in questo caso, si potrebbe ovviare al fenomeno distorsivo attraverso una modifica delle leggi statali sull'elezione dei grandi elettori, non tanto in senso proporzionale (che è piuttosto estraneo alla cultura politica anglosassone e potrebbe ingenerare il timore di un collegio elettorale senza maggioranze), quanto nel senso di abbandonare il maggioritario di lista e generalizzare il sistema già adottato da Maine e Nebraska, cosa che consentirebbe, almeno negli Stati grandi, una più diversificata rappresentanza nel collegio degli elettori presidenziali e una riduzione del rischio di elezione del candidato “perdente”. Tale modifica non toccherebbe la Costituzione, ma richiederebbe il cambiamento di ben 48 leggi statali ed è facile immaginare che il Partito Repubblicano, godendo della rendita di posizione conseguente all'attuale sistema, si opporrebbe. Mentre la soluzione democraticamente più lineare, il passaggio all'elezione diretta, richiederebbe un emendamento costituzionale.

### 6.3. La Costituzione e la sua sostanziale immodificabilità

Nei punti 6.1 e 6.2 si sono ipotizzate alcune plausibili modifiche delle modalità di nomina dei giudici e dell'elezione del Presidente che, al di là di numerose altre conseguenze, potrebbero contribuire a ridurre la “politicità percepita” della Corte e/o migliorare il tasso di democraticità del sistema federale, ma che richiederebbero, in certi casi, un emendamento costituzionale.

E qui si apre l'ultimo, ma molto importante, problema istituzionale cui si vuole accennare. La Costituzione degli Stati Uniti, come ogni Costituzione federale, richiede, per la propria modifica, non solo una decisione degli organi federali, ma anche l'accordo della maggioranza (qualificata: tre quarti) degli Stati e, per ottenere questo, ha scelto due possibili

<sup>94</sup> Particolarmente vistosa la distorsione nel 2016, perché la candidata democratica aveva ottenuto quasi tre milioni di voti popolari in più dell'eletto.

<sup>95</sup> Si tratta dei tre giudici nominati da Trump: Gorsuch, Kavanaugh e Barrett. Sbaglia invece E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, a contare, tra i Presidenti minoritari che hanno nominato giudici della Corte suprema, George Bush jr.: questi, infatti, era stato eletto con meno voti popolari di Gore, nel 2000, ma ha poi nominato i due giudici della Corte Roberts ed Alito durante il suo secondo mandato, dopo, cioè, essere stato rieletto nel 2004, con maggioranza sia di voti popolari che di grandi elettori. L'articolo è disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>.

strade: la pronuncia dei rispettivi Parlamenti o di apposite Convenzioni elette *ad hoc* in ognuno di essi<sup>96</sup>. Col progressivo aumento degli Stati federati, tale processo è divenuto difficilissimo da realizzare, tant'è vero che, dei 27 emendamenti finora approvati, ben undici risalgono ancora al XVIII sec. e, successivamente, gli emendamenti sono stati approvati solo in occasione di pagine epocali della storia nazionale (come la guerra civile o le battaglie per i diritti civili degli afro-americani, negli anni Sessanta del secolo scorso), oppure su questioni più o meno "tecniche", su cui si fosse ormai realizzato un consenso diffuso. Un emendamento su iniziativa del Congresso e demandato ai Parlamenti statali – tutti bicamerali, salvo in Nebraska – richiederebbe il voto favorevole di almeno 77-78 assemblee. Se demandato alle Convenzioni, "basterebbero" 40 assemblee, ma tale sistema è macchinoso, visto che comporta l'elezione *ex novo* di cinquanta organismi, solo per il voto sull'emendamento<sup>97</sup>, mentre i Parlamenti statali sono normalmente in funzione e possono riunirsi per votare, senza aggravii organizzativi e di spesa.

Si tratta, probabilmente, della Costituzione più rigida del mondo e questo ha un fortissimo impatto sull'equilibrio tra i Poteri legislativo e giudiziario. Bisogna infatti considerare che la Costituzione è entrata in vigore nel 1789 e i primi dieci emendamenti, che si considerano generalmente il suo *Bill of rights*, nel 1791. Pertanto, i diritti ed i principi in essa contemplati sono esclusivamente quei diritti di libertà personale (di prima generazione) che facevano parte della tradizione anglosassone. Anche i sempre più rari emendamenti successivi non hanno introdotto diritti di altro genere, anche se hanno certamente perfezionato la dimensione non discriminatoria. Pertanto, sotto molti aspetti, è mancato un adeguamento del testo costituzionale alle mutate condizioni e convinzioni sociali. L'adeguamento operato a livello di legislazione federale o statale ha certamente supplito in parte a questo *deficit*, ma si è trovato spesso a confliggere con la difficile copertura costituzionale dei nuovi diritti o delle nuove esigenze nella distribuzione dei poteri, quando la Corte suprema si è arroccata in una prospettiva testualista<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Nelle parole dell'art. 5, Cost. USA, «Il Congresso, ogniqualvolta i due terzi delle Camere lo riterranno necessario, proporrà emendamenti alla presente Costituzione, oppure, su richiesta dei due terzi delle Legislature dei vari Stati, convocherà una Convenzione per proporre gli emendamenti. In entrambi i casi, gli emendamenti saranno validi a ogni effetto, come parte di questa Costituzione, allorché saranno stati ratificati dalle Legislature di tre quarti degli Stati, o dai tre quarti delle Convenzioni riunite a tale scopo in ciascuno degli Stati, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia stato prescritto dal Congresso ...».

<sup>97</sup> Ed infatti è stato utilizzato solo nel 1933, per il XXI emendamento, abrogativo del XVIII (1919), che aveva istituito il proibizionismo. Se poi l'iniziativa dell'emendamento non è del Congresso, ma degli Stati, ai numeri indicati sopra bisogna aggiungere altre 67/68 assemblee che votino solo che per l'iniziativa, anche se il voto delle due Camere del Congresso verrebbe sostituito da quello di una sola apposita Convenzione nazionale.

<sup>98</sup> Basti pensare al già richiamato conflitto tra la Corte suprema e il Congresso in occasione dell'adozione della legislazione necessaria ad attuare il *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt. O alla resistenza opposta dalla Corte stessa alle prime legislazioni sociali, all'inizio del XX sec., quando «il principio costituzionale del *due process of law* viene interpretato fondamentalmente a difesa della *freedom of contract* e della *private property*, che divengono zone intoccabili da parte del legislatore», con sentenze come *Lochner v. New York* del 1905 o *Coppage v. Kansas* del 1915. Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 130.

Ciò che si vuole sottolineare, quindi, è che in un sistema costituzionale così bloccato da rendere pressoché impossibile l'adeguamento della carta fondamentale all'evoluzione e alle nuove domande emergenti dalla società, tale adeguamento può, sia pure *ob torto collo*, essere garantito solo da un'adeguata evoluzione dell'interpretazione costituzionale fornita dai giudici e, *in primis*, dalla Corte suprema.

Come a dire che, negli Stati Uniti, un notevole livello di creatività giurisprudenziale, che essa si informi alla linea interpretativa della *living Constitution*, a quella dell'*active liberty* o alle forme ibride ed attenuate di originalismo, appare essenziale (indipendentemente qui dalle sue conclusioni sui singoli temi, che possono naturalmente essere opinabili) alla sopravvivenza stessa del sistema costituzionale. L'incapacità delle istituzioni politiche di aggiornare la Costituzione (soprattutto, ma non solo, a causa della sua eccessiva rigidità) rovescia sulle spalle della Corte suprema la responsabilità di un adeguamento, che rischia inevitabilmente di trasformarsi in eccessiva creatività del giudice e nello slittamento della sua funzione verso prospettive surrettiziamente legislative, come nella sent. *Roe*. Ma, al tempo stesso, se questo adeguamento venisse a mancare, il sistema imploderebbe. Donde la tensione tra l'esigenza, correttamente sottolineata dalla corrente originalista, di evitare eccessi di creatività giudiziaria, e la necessità di garantire invece un adeguamento interpretativo, cui le diverse correnti originaliste devono almeno in parte adeguarsi (e diverse – come visto sopra – lo fanno), pena il rischio di trasformarsi davvero in uno strumento ideologico di mera conservazione.

È stato avanzato da un'autorevole dottrina un parallelo tra la teoria originalista americana e l'ermeneutica di Emilio Betti, «basata su di un metodo scientifico aderente all'oggettività del testo, che esige dall'interprete un'analisi storica e tecnica, ... nella convinzione che il testo ha una sua verità storica, un significato che l'interprete è tenuto a ricavare e non ad attribuire»<sup>99</sup>. Ci si permette qui di dissentire da un simile, pur suggestivo, parallelo, per una ragione pratica molto semplice. Un conto è, infatti, la massima adesione al testo in un contesto come quello della maggior parte degli Stati europei, forniti di Costituzioni di democrazia sociale relativamente recenti – e, quando più risalenti (come la Norvegia, 1814, o il Belgio, 1831), più volte revisionate ed ammodernate – nonché oggetto di frequenti emendamenti volti, con migliore o peggiore riuscita, ad accogliere le nuove istanze sorgenti dalla società: nel nostro continente, cioè, si aderisce a testi tendenzialmente aggiornati ed in linea con le società che governano. Altro conto è la massima aderenza al testo di una Costituzione, come quella statunitense, che, nell'essenza delle sue disposizioni testuali, non è ancora uscita dall'epoca dello stato liberale monoclasse.

Da un lato, quindi, non può stupire che il ricorso al canone originalista susciti timori, per quanto quasi certamente sproporzionati, di un ritorno a una lettura tradizionalista della Costituzione (non si dimentichi però che il giudice Thomas è solo su questa linea, mentre

<sup>99</sup> Cfr. G. RAZZANO, *op. cit.*.

Gorsuch, Kavanaugh e Alito, pur muovendosi da un'impostazione originalista, sono molto più pragmatici, come dimostrano le espresse rassicurazioni formulate, sia dalla sentenza che dall'opinione concorrente di Kavanaugh, sull'intangibilità delle altre declinazioni del diritto all'auto-determinazione).

Ma, d'altra parte, non si può non lamentare il fatto che l'iniezione di un robusto numero di giudici originalisti nella Corte suprema abbia, anche indipendentemente dal loro operato concreto, indotto molti osservatori ad una lettura iper-politica delle sentenze della Corte. Soprattutto, in relazione alla sentenza *Dobbs*, non si può non lamentare il fatto che il ricorso a schemi originalisti abbia finito per mettere in ombra, nella stessa struttura essenziale della sentenza, quello che se ne è definito sopra il principale punto di forza, cioè la sottrazione dell'aborto dai diritti di auto-determinazione, in conseguenza della necessità di tener conto degli interessi (sarebbe, però, stato meglio diritti...) del nascituro, argomentazione che, a parere di chi scrive, risulta pienamente soddisfacente ed in grado di sostenersi, senza bisogno di essere supportata da riferimenti originalisti o coinvolta nelle diatribe dottrinali conseguenti al «bipolarismo interpretativo»<sup>100</sup> che si sta pericolosamente sovrapponendo a quello politico. Ed è davvero un peccato, perché, in un clima politico già arroventato, questa innecessaria sovrapposizione di piani di lettura non aiuta certo a svelenire l'atmosfera, né a condurre una riflessione e un dibattito sul tema dell'aborto che non siano inchiodati a mere enunciazioni ideologiche (da ambo le parti), ma basati su un confronto sereno a proposito degli aspetti, sia teorici che concreti, che caratterizzano questo delicatissimo problema.

---

<sup>100</sup> Cfr. R. BALDUZZI, *op. cit.*, p. 107.

