

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PAOLO VERONESI

“Un affare non solo di donne”:
la sentenza *Dobbs v. Jackson* (2022)
e la Costituzione “pietrificata”

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
25 gennaio 2023

“Un affare non solo di donne”: la sentenza *Dobbs v. Jackson* (2022) e la Costituzione “pietrificata”

Sommario

1. Quando è la composizione di un organo di garanzia a costituire un problema. – 2. L’aborto: una questione solo di competenze? – 3. C’è originalismo e originalismo... 4. Una scelta interpretativa poco consona alla *mission* della Costituzione. – 5. Segue: un esperimento “sul campo”. – 6. Dietro l’angolo: un attacco a tanti diritti. – 7. Segue: le conseguenze per tutti (e non solo per le donne). – 8. Una decisione nient’affatto neutrale. – 9. Una *Supreme Court* delegittimata e dalla giurisprudenza ormai inaffidabile.

Abstract

Nell’articolo si esamina la sentenza *Dobbs* della Supreme Court statunitense in materia di aborto, mettendone in luce il particolare approccio all’interpretazione costituzionale di stampo originalista, le controindicazioni di una simile scelta e le conseguenze che ne necessariamente deriveranno (al di là del ribaltamento dello *stare decisis* di cui alla celebre sentenza *Roe* del 1973 e seguenti).

The article examines the U.S. Supreme Court's Dobbs ruling on abortion, highlighting its particular originalist approach to constitutional interpretation, the contraindications of such a choice, and the consequences that will necessarily follow (beyond the reversal of stare decisis referred to in the 1973 Roe famous ruling and following).

1. Quando è la composizione di un organo di garanzia a costituire un problema

È necessario muovere da lontano, perché da lontano provengono gli “slittamenti” e le forzature che hanno infine condotto alla sentenza *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al v. Jackson Women’s Health Organization et al*, n. 19-1392, 24 giugno 2022 (597 U.S. 2022). C’è inoltre da scommettere che alquanto lontano condurrà, in tempi piuttosto brevi, la sua “onda lunga”: non solo in riferimento allo specifico tema della pronuncia, ma con riguardo ad altre delicate fattispecie coinvolgenti i diritti che giungeranno al cospetto di *Scotus* (come, in effetti, sta già accaden-

* Professore Ordinario di diritto costituzionale, Università di Ferrara. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

do)¹.

Una premessa è perciò d’obbligo: l’operato della *Supreme Court* nel caso specifico – e anche in altre pronunce coeve a *Dobbs*² – conferma quanto una ben calibrata organizzazione costituzionale, uno strutturato principio di separazione dei poteri e un calibrato sistema di organi di garanzia, siano centrali per la “tenuta” dei diritti (e, dunque, dello stesso ideale democratico). La vicenda mette quindi a nudo l’inconsistenza delle tesi – spesso brandite anche in Italia – per le quali mentre le disposizioni costituzionali dedicate alla disciplina dei diritti andrebbero sempre mantenute tali e quali³, si potrebbe invece intervenire con più disinvoltura sulle norme che regolano l’organizzazione costituzionale. Incidere senza equilibrio sulle articolazioni della forma di governo – o non modificare per tempo ciò che palesemente non funziona – produce invece effetti potenzialmente devastanti anche sul terreno dei diritti e della forma di Stato. La pronuncia in oggetto è stata infatti possibile perché le norme che regolano la composizione del massimo organo di garanzia dell’ordinamento statunitense – opportunamente strumentalizzate – l’hanno consentito.

La “svolta” di *Dobbs* muove infatti da un paziente lavoro di decenni, messo in atto dai Presidenti repubblicani e teso a incidere nel profondo sulla fisionomia e sull’“ideologia” della Corte Suprema. È un progetto che prende le mosse già con Nixon (che aprì le porte della Corte a William Renhquist)⁴, si rafforza con Ronald Reagan e le sue “guerre culturali” (con la nomina a giudice di Antonin Scalia – punto di riferimento degli originalisti – e dello stesso Renhquist a *Chief Justice*), prosegue con George Bush padre (al quale si deve la nomina del giudice Clarence Thomas, forse il più conservatore di tutti), continua con l’erede omonimo (che ha puntato le sue carte su Samuel Alito, l’estensore dell’opinione di maggioranza di *Dobbs*) ed è infine giunta al suo culmine con l’infornata di addirittura tre componenti praticata dal solo Trump (un Presidente a dir poco ostile alle regole democratiche e ai diritti)⁵. Sono stati così selezionati giudici assai giovani e destinati perciò a operare a lungo nell’ambito di una carica vitalizia, per nulla affezionati ai diritti di nuova generazione, con una visione religiosa e giuridica assai particolare e, soprattutto, ultraconservatrice.

Su altro fronte, ma nel quadro della medesima strategia, si aggiunge il rifiuto di Mitch McConnell, Capo del Senato a maggioranza repubblicana, di prendere in esame una nomina a suo tempo spettante a Obama, opponendo la regola (creata ad arte) per la quale i Presidenti non potrebbero selezionare i giudici della Corte Suprema nell’anno elettorale. Si tratta dello stesso Senato e dello stesso suo Presidente che hanno invece confermato la nomina trumpiana della giudice Coney Barrett solo pochi giorni prima della scadenza del mandato. Uno sconcertante esempio di “doppiopesismo”, di sfacciata strumentalizzazione politica e di scarsa fedeltà ai precedenti: in altri termini, un puro e semplice colpo di mano⁶.

1 Se ne farà cenno *infra* nel § 9.

2 Valga come esemplificazione quanto riportato *infra* nell’ultima nota.

3 Anche la recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost. conferma, *a fortiori*, l’infondatezza della tesi. Ma si pensi anche alla riforma dell’art. 27 Cost. ecc. ecc.

4 Nixon non riuscì invece a portare alla *Supreme Court* il giurista Roberto Bork, “maestro” dell’originalismo nonché ispiratore di Antonin Scalia e di tutti gli altri aderenti a questa impostazione teorica: la sua nomina venne infatti respinta dal Senato dopo una mobilitazione senza precedenti della stessa opinione pubblica e un’audizione in cui il designato non arretrò (coerentemente) dalle sue posizioni: su tale vicenda v. S.R. Vinceti, *L’originalista. L’interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, pp. 4800 ss.

5 È semplicemente inqualificabile il cumulo di falsità, di forzature costituzionali e persino di minacce praticate da Trump per ribaltare l’esito a lui sgradito del voto presidenziale. Senza dire di quanto avvenuto – con il suo esplicito appoggio – il 6 gennaio 2021 a Capitol Hill: un palese tentativo di colpo di Stato.

6 Da tutte queste vicende è derivato l’*executive order* con il quale il neo-Presidente Joe Biden ha istituito una Commissione

Nel mezzo si è collocato anche un altro episodio che non attiene, però, alla lungimiranza dei Presidenti repubblicani. Se ne ricordano con dispiacere i tratti, aggiungendo la dovuta premessa che l'ex giudice Ruth Bader Ginsburg – madre di tante sentenze sui diritti – è stata una figura semplicemente immensa e questa vicenda non ne offusca certo la grandezza. Quando però il Presidente Obama già intravedeva la scadenza del proprio mandato, fece sommessamente giungere alla giudice – ormai molto anziana e in precarie condizioni di salute – l'invito a riflettere su un suo passo di lato⁷. Avrebbe così lasciato spazio alla nomina di una degna continuatrice del suo pensiero. Con l'incognita di avere poco dopo alla Casa Bianca un Presidente estremista e protervo (come poi avvenne) ciò avrebbe (almeno) tamponato il rischio di fare i conti con una Corte sempre più ostile a talune suggestioni proprie alla stessa RBG. Se una simile proposta venisse rivolta a un giudice costituzionale italiano sarebbe un'autentica “blasfemia” ma, come si è detto, la Corte Suprema americana ha le sue regole. Per RBG sarebbe stato forse saggio raccogliere quel suggerimento. Oggi avremmo una Corte formata da quattro giudici decisamente reazionari e da quattro componenti autenticamente *liberal*; nel mezzo si collocherebbe il *Chief Justice* Roberts, il quale, benché conservatore, e per questo nominato da Bush figlio, si è espresso spesso con equilibrio, specie quando chiamato a svolgere il ruolo di “ago della bilancia”⁸.

2. L'aborto: una questione solo di competenze?

Nella sentenza *Dobbs* la Corte Suprema inquadra, innanzi tutto, il tema del diritto all'aborto nei recinti di una rigorosa questione di competenza.

Vi si afferma infatti che stabilire l'esistenza di un diritto autodeterminazione delle donne nel decidere l'interruzione di gravidanza non rientrava (e non rientra) tra le prerogative della Corte, spettando invece ai Parlamenti dei singoli Stati, eletti dai cittadini.

Con *Roe v. Wade*, n. 70-18, 22 gennaio 1973 (410 U.S. 113), e poi con le correzioni/mitigazioni di *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey et al*, n. 91-744, 91-902, 29 giugno 1992 (112 S.Ct 2791) nonché di molte altre pronunce⁹, la Corte si sarebbe pertanto sostituita illegittimamente ai legislatori nazionali. Per questa ragione, *Scotus* ritiene che il precedente del 1973 sarebbe completamente sbagliato – “*egregiously wrong from the start*” – oltre che fornito di motivazioni niente meno che “*exceptionally weak*”: da qui il suo radicale *overruling* e la demolizione dello *stare decisis*.

bipartisan per lo studio di una riforma della *Supreme Court* (anche mettendo in discussione la durata vitalizia della carica e la procedura di nomina dei giudici): si v. C. Bologna, *La Commissione per la riforma della Corte Suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quaderni costituzionale*, 2021, pp. 691 ss.

- 7 È il comportamento seguito dall'anziano giudice S.G. Breyer, dimessosi lo scorso 30 giugno 2022 proprio per consentire al Presidente democratico Biden di nominare Ketanji Brown.
- 8 Anche in *Dobbs*, nella sua *concurring opinion*, il *Chief Justice* non ha mancato di avanzare critiche alla decisione di maggioranza, con particolare riguardo alla completa negazione dell'esistenza di un diritto di autodeterminazione in materia di aborto, nonché per il contesto conflittuale in cui si è deciso l'azzeramento di *Roe* (caratterizzato da una profonda spaccatura sociale e tra i giudici, nonché da una giurisprudenza pregressa che mai ne aveva messo in dubbio il nucleo di base, pur correggendolo non poco): sulla *concurring opinion* di Roberts – che comunque ha poi votato il (solo) dispositivo della pronuncia – si v. L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 3, p. 53 s.
- 9 Un quadro completo e articolato della giurisprudenza della *Supreme Court* in materia si può recuperare in L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., pp. 15 ss. Si v. anche *infra* § 9.

Per giungere al suo odierno responso la Corte sostiene dunque che le norme costituzionali utilizzate in *Roe*¹⁰, poi più precisamente declinate in *Casey* e nelle successive sentenze sul tema¹¹, non contemplino o non supportino, in realtà, alcun diritto delle donne d’interrompere la gravidanza (*rectius*: nessun loro diritto alla *privacy* e all’autodeterminazione in questa delicata materia)¹². Per la Corte, le precedenti decisioni sul tema si sarebbero quindi del tutto impropriamente agganciate all’Emendamento in questione, configurando – in definitiva – un’autentica usurpazione di potere. Per tale ragione, essa cancella il pregresso con parole che hanno addirittura il tono del disprezzo per l’opera dei giudici del passato¹³.

3. C’è originalismo e originalismo...

Quale strategia si utilizza per concludere che il XIV Emendamento non riconosca anche la possibilità di abortire? E per sostenere che *Roe* e le successive pronunce che l’hanno confermata – sia pur rimodulandola – siano perciò da ritenersi del tutto “fuori squadra”?

A ben vedere, si tratta di una tecnica interpretativa di stampo radicalmente originalista, condita da una versione iperconservatrice del testualismo¹⁴.

I giudici negano cioè la possibilità di un’interpretazione evolutiva del testo costituzionale – implicita nell’idea di una *living Constitution*¹⁵ – e sostengono invece che i diritti fondamentali possono estrapolarsi dalla Costituzione solo se in essa espressamente previsti o se già radicati nella tradizione del Paese e nella sua storia. E ciò con particolare riguardo al tempo in cui le norme di volta in volta sotto la lente sono state concepite. Solo in tale evenienza i nuovi diritti fondamentali, benché non nominati, potrebbero senz’altro collocarsi sotto l’ombrello del XIV Emendamento e della qui prevista *Due Process Clause*.

Ma, forse, anche questa tesi – di per sé già molto angusta – potrebbe essere addirittura superata al

10 Specificamente il I, II, IV, V, IX e XIV Emendamento.

11 Ove ci si concentra sul solo XIV Emendamento.

12 Come si legge in *Casey*, il diritto di abortire si fonderebbe sulla libertà di adottare “*intimate and personal choice*”, le quali sono “*central to personal dignity and autonomy*”.

13 Particolarmente “sguaiato” risulta il commento del giudice Clarence Thomas, uno dei più estremisti: a suo avviso, l’idea che il XIV Emendamento comprenda il diritto di abortire sarebbe “farsesco”.

14 È indubbio che *Dobbs* sia anche il frutto dell’insegnamento e dell’impostazione originalista sostenuta dall’ex giudice Antonin Scalia, maestro di alcuni di coloro che oggi siedono presso *Scotus*: al proposito si v. *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 3, pp. 669 ss. Sul modo d’essere e di operare di Scalia nella sua attività presso la Suprema Corte v. A. Pin, Exit Nino. *L’originalismo sopravviverà a Scalia?*, in *DPCE online*, 2016, n. 1. Un inquadramento delle tesi originaliste, dei loro presupposti e delle loro inevitabili aporie è approfondito da C. Tripodina, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo interpretativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss. (ma recuperato on-line) e P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 285 ss. Per esempi di un testualismo che, pur praticato da giudici conservatori, ha prodotto avanzamenti sul fronte dei diritti – accantonando però i dettami di un originalismo di carattere “psicologico” – v. L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.

15 Cfr. Q. Camerlengo, *Originalismo e “living Constitutionalism”, tra domanda di Costituzione e principi supremi*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. A tale approccio interpretativo si ancora evidentemente la *dissenting opinion* dei tre giudici *liberal* in seno alla *Supreme Court*.

ribasso se dovesse in futuro prevalere la tesi sostenuta nella baldanzosa *concurring opinion* del giudice Thomas. Vi si sostiene a spada tratta che l’Emendamento in questione non sarebbe dotato di contenuti sostanziali, disciplinando, invece, profili esclusivamente procedurali (riguardando, cioè, la sola azione dei legislatori, dei governi e dei giudici): nessun diritto potrà dunque mai sorgere da esso.

In ogni caso, la *Supreme Court* afferma comunque che i diritti così eventualmente ricostruiti debbano sempre rispettare uno schema di *ordered liberty*, ovvero essere già bilanciati con gli altri diritti a essi limitrofi, mostrandosi ben definiti anche rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti per le fattispecie in esame¹⁶. Un diritto, per essere tale, deve dunque risultare in sé stesso “capace di ‘predeterminare i [propri] limiti e definire i [propri] confini’ rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti”¹⁷.

Nel caso dell’interruzione di gravidanza i giudici di *Dobbs* ritengono che questi requisiti difetterebbero del tutto. Essi non condividono perciò il modo in cui la tradizione era stata (pur attentamente) esaminata in *Roe*, né come una compiuta valutazione di tutte le pieghe del “passato” avesse all’epoca consentito ricostruzioni decisamente più sfumate rispetto a quelle tratteggiate nell’*overruling* in esame¹⁸. In esito a tale ricostruzione, in *Roe* si leggeva dunque (e tra l’altro) che “nella *common law*, all’epoca dell’adozione della nostra Costituzione, l’aborto era visto con meno sfavore rispetto alla maggior parte delle leggi americane attualmente in vigore”¹⁹. Una conclusione assai netta, corroborata da seri riferimenti storici e normativi: di questo i giudici di maggioranza di *Dobbs* non si peritano affatto e del pregresso offrono una lettura ben diversa e a dir poco monolitica. A riprova che anche la storia è sempre soggetta a interpretazioni.

Oggi, la *Supreme Court* afferma quindi che il diritto di autodeterminazione delle donne in materia di aborto non è nominato nella Costituzione americana, non era radicato nella storia della nazione o nella sua tradizione quando si approvò il XIV Emendamento, né era preso in seria considerazione fino a *Roe* (1973). Per provarlo, si elencano e si citano in sentenza – corredandola anche di due corpose Appendici – precedenti normativi e giurisprudenziali spesso molto anteriori al 1868, anno in cui venne introdotto l’Emendamento in questione. Vengono quindi richiamate le numerose leggi statali antiabortiste esistenti al tempo di *Roe*, e si sottolinea che, all’epoca, solo 1/3 degli Stati federati avevano introdotto discipline più *liberal* in materia. A *Roe* si imputa pertanto anche questo effetto nefasto: aver bloccato un processo legislativo *in fieri* invece di lasciarlo consolidare.

Dobbs adotta quindi un approccio interpretativo di carattere rigidamente storico²⁰. Nel senso che le norme costituzionali e i loro Emendamenti andrebbero assunti badando all’intenzione soggettiva (*original intent*) di chi li ha approvati al tempo in cui sono stati concepiti (*old originalism*), oppure –

16 V., ad esempio, L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 47.

17 C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Si v. anche L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 47.

18 Tutta la prima parte di *Roe* è dedicata a questa articolata ricostruzione. Si rinvia alle opportune precisazioni in tal senso di A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2022, n. 3, pp. 30 ss. In *Dobbs* si afferma invece che quelle ricostruzioni erano sbagliate, pur ammettendo che molti Stati del XVIII e XIX secolo prevedevano comunque l’aborto *pre-quickening*.

19 Appaiono fondamentali i passaggi di *Roe* in cui si ricostruisce come la tradizione americana abbia per lungo tempo ammesso l’appena rammentato aborto *pre-quickening* – se ne fa ampio cenno anche nella *dissenting opinion* a *Dobbs* – o come le diverse religioni abbiano approcciato il problema dell’aborto precoce, o di come, per lungo tempo, la massima preoccupazione dei legislatori statunitensi sia stata quella di tutelare la salute delle donne in un’epoca in cui le tecniche mediche erano alquanto insicure, difettavano gli antisettici e gli antibiotici erano di là da venire.

20 Ma sulla radicale differenza tra l’opera di uno storico e quella di un giurista v. P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 296.

meglio aderendo al tenore della motivazione di maggioranza (e come s’è ormai imposto proprio per ovviare ai corti circuiti dell’*old originalism*) – nel senso che le parole calate nel testo esprimevano nel contesto storico, politico e culturale che le ha viste sorgere (l’*original public meaning* sostenuto dai fautori del c.d. *new originalism*)²¹.

All’*old originalism* può infatti opporsi che non è umanamente possibile stabilire cosa effettivamente volessero tutti i Costituenti americani assunti “in blocco”²², né quali (ben diverse) aspirazioni condussero i vari componenti dell’Assemblea ad accettare quelle dizioni di principio. Si tratta del resto di un “dilemma” ben conosciuto e insolubile per ogni organo collegiale.

E, poi, quale intenzione rileverebbe? Quella dei Costituenti, quella di chi ha ratificato il testo, quella dei giuristi che magari suggerirono o cercarono di intendere il senso delle parole utilizzate dai *Framers* avendo forse di mira finalità ben diverse²³?

Neppure la decisione di maggioranza chiarisce questo punto: in essa s’intende sostenere che il XIV Emendamento vada interpretato come lo si intendeva nel 1868 – ammesso che ciò sia realmente possibile – o come ci si atteggiava sul tema dell’aborto già prima di quella data²⁴?

Del resto, che l’intento dei Costituenti americani non fosse in linea con i dettami imposti dall’*old originalism*, lo prova precisamente il fatto che essi hanno deciso di adottare espressioni generiche e di principio: queste furono gli evidenti frutti degli “accordi [solo] parzialmente teorizzati” tra di loro intercorsi in quel frangente²⁵. Se avessero inteso imporre volontà più nitide e meno sfumate i *Framers* avrebbero di certo trovato le parole più idonee allo scopo²⁶, formulando vere e proprie regole (ossia norme giuridiche ispirate alla dura legge del “dentro o fuori”). Non lo fecero: espressero concetti astratti (ossia principi “con un elevato grado di genericità”)²⁷ non avventurandosi a declinarli in rife-

21 Si v. C. Caruso, *Originalismo e politicità*, cit. Come osserva O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022, ci sono diversi originalismi e tale approccio “in tutte le sue versioni muove dall’idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente..., necessitando... di un criterio interpretativo in qualche modo esterno al dettato scritto e facente leva su operazioni di ricostruzione storica”. In alcune sue tendenze cercando anche una mediazione con la teoria (da altri originalisti vituperata) della *living Constitution*: è quanto vale per taluni fautori del *new originalism*. Su queste e altre varianti dell’originalismo v., per esempio, P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., pp. 292 ss. nonché lo stesso O. Chessa, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@Storia*, 2014, Quad. n. 12. Con riguardo al canone ermeneutico dell’intenzione del Costituente cfr. la ricca rassegna dottrinale di L. Pesole, *L’intenzione del legislatore costituente nell’interpretazione del parametro costituzionale*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., pp. 140 ss.

22 Si v. le riflessioni di G. Gemma, *Irrealtà di un’intenzione del legislatore storico*, cit., p. 385, per il quale “di norma (anche) coloro che sono consapevoli circa il contenuto (e alcune eventuali conseguenze) della legge approvata non si rappresentano i tanti precetti speciali che possono derivare dalla stessa”. Nel testo l’Autore propone alcune assai significative esemplificazioni ricavate proprio dalla Costituzione americana. Si v. anche la copiosa dottrina citata da C. Tripodina, *L’argomento originalista*, cit., p. 5 del *paper*. M. Cavino, *L’intenzione del legislatore vivente: il significato dell’oggetto tra interpretazione conforme e interpretazione vivente*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., p. 14, nota 3, ritiene invece che, nonostante le difficoltà, sia pur sempre possibile ricavare una “unità d’intenti” di chi ha approvato un testo normativo.

23 V., ad esempio, P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 292.

24 Si sottolinea questo aspetto nella stessa *dissenting opinion* a *Dobbs*.

25 C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 80 ss.: tali accordi consentono alle persone di dimostrare reciproco rispetto anche se non pienamente concordi sulle loro applicazioni in concreto.

26 O. Chessa, *La novità delle origini*, cit.

27 R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 546.

rimento a casi concreti, né specificando le “concezioni dei concetti” utilizzati per formularli²⁸, certamente diversi da testa a testa.

Rimangono dunque le coordinate del *new originalism*, al quale sembrano più precisamente accordarsi il giudice Alito e soci, in linea con il già menzionato ex giudice Antonin Scalia. In sintesi, ciò che andrebbe ricostruito è come la società del tempo abbia effettivamente inteso le specifiche parole ospitate nella Carta. Si tratterebbe dunque (e ancora) di un’indagine storica, ma avente una ben diversa finalità cognitiva. Per dare un senso alle disposizioni costituzionali si dovranno perciò usare le più diverse fonti dell’epoca: giornalistiche, giuridiche, scientifiche, pubblicistiche ecc. Quel significato dovrebbe poi ritenersi pietrificato nella Costituzione e vincolante, *in primis*, per i giudici.

Ma anche quest’approccio non convince, come ha ben messo in luce Omar Chessa²⁹.

Innanzitutto, per alcune ragioni di base: occorrerebbe ad esempio spiegare come possa ritenersi oggi vincolante il significato attribuito all’epoca alle parole della Carta muovendo da un contesto sociale che escludeva dal proprio orizzonte proprio le donne e le persone di colore, e che quindi dei diritti delle une e degli altri non si occupò affatto (condividendo idee a dir poco inaccettabili oggigiorno).

E ancora: quale significato attribuire alle parole del testo nell’eventualità in cui quella particolare disposizione sia stata successivamente (e, dunque, in un’altra epoca) modificata in tutto o in parte? Oppure quando sia stata affiancata da un Emendamento che l’ha “pesantemente” integrata? Oppure quando si sia deciso di non modificarla ritenendo che la si potesse interpretare in un modo del tutto nuovo ma non aberrante?

Anche stabilire i “parametri umani” di riferimento per fotografare l’autentica percezione di senso delle parole utilizzate in Costituzione non costituisce un gioco a somma zero: l’uomo/donna medio/a, il giurista sopraffino, una non meglio precisata persona ragionevole, il soggetto volenteroso nel superare le proprie lacune intellettuali, il compulsatore dei migliori vocabolari del tempo? C’è ampia scelta.

Non è dunque affatto casuale se, in passato, la Corte Suprema si era, di norma, ben guardata dall’esplicitare in modo così stentoreo gli elementi ora ritenuti imprescindibili affinché si possa riconoscere un “nuovo diritto”, preferendo un approccio decisamente più sfumato ed elastico³⁰. Aveva certo sottolineato che la storia e la tradizione costituiscono elementi da prendere in esame – e vi si era appoggiata – ma, più spesso, senza attribuire loro un ruolo pressoché esclusivo o dirimente³¹. Oggi *Dobbs* presenta invece come pacifico e scontato un utilizzo rigidissimo della tradizione che, nella giurisprudenza della *Supreme Court*, è stato sin qui decisamente minoritario o di supporto³²: già si intravedono le conseguenze pratiche alle quali condurrà questo suo decisivo cambio di passo.

28 O. Chessa, *La novità delle origini*, cit. Sul ruolo decisivo svolto dalle “concezioni dei concetti” espressi genericamente in Costituzione v. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, p. 108. Di “schemi concettuali” ragiona, similmente, V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 84 ss.

29 Le considerazioni che seguono sono tratte ancora da O. Chessa, *La novità delle origini*, cit.

30 Tra le sentenze recenti in cui la Corte Suprema ha adottato un approccio tipicamente originalista, supportato da cospicui documenti storici, va senz’altro collocata *District of Columbia v. Heller*, n. 07-290, 29 giugno 2008 (554 U.S. 570), il cui parere di maggioranza venne steso, non a caso, da Antonin Scalia.

31 Così P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 291 s. Considerazioni del tutto simili possono esprimersi anche a consuntivo della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: per analisi dettagliate si v. L. Pesole, *L’intenzione del legislatore costituente nell’interpretazione del parametro costituzionale*, cit., p. 149 ss.; C. Tripodina, *L’argomento originalista*, cit., p. 1 ss. e ancora P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 301 ss.

32 Lo evidenzia A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 29 s.

4. Una scelta interpretativa poco consona alla *mission* della Costituzione

Il vero problema è tuttavia un altro, ossia che un’interpretazione costituzionale rigidamente ancorata a un approccio (anche) neo-originalista stravolge (a ben vedere) il senso più profondo di quelle particolari fonti del diritto incarnate dalle Costituzioni; quest’ultimo è invece ben valorizzato dagli orientamenti rientranti nella c.d. *living Constitution*.

Secondo la nota formula di Calamandrei, le buone Costituzioni nascono infatti “presbiteri”: esse sono cioè naturalmente destinate a durare nel tempo, venendo formulate per inglobare le trasformazioni sociali o applicarsi a circostanze anche imprevedibili all’atto della loro adozione³³. Sin dalle loro origini, le Costituzioni degne di questo nome risultano insomma caratterizzate dalla “formidabile virtù dell’elasticità”, così da mantenersi costantemente dotate di significato anche al cospetto di sviluppi persino inconcepibili³⁴. Si tratta di tesi sostenute anche dal (mitico) *Chief Justice* Marshall, almeno nei brani opportunamente riportati nel *dissent*: giudice che, tra l’altro, giustificò l’adozione di interpretazioni evolutive della Costituzione ricostruendo proprio il pensiero che fu dei *Framers* (e, dunque basandosi, paradossalmente, sulla stessa dottrina originalista)³⁵. La conclusione dei giudici dissenzienti è chiara: i Costituenti americani sapevano bene che stavano scrivendo un documento destinato ad applicarsi alle varie circostanze che sarebbero emerse nel corso dei secoli; esso venne dunque inteso proprio per durare e adattarsi ai tempi.

Questo approccio di sistema emerge, in primo luogo, proprio laddove le Costituzioni si occupano di diritti. Anche la Costituzione americana non definisce perciò a tutto tondo i diritti che prende in considerazione; li menziona invece in termini generali al fine di consentire l’evolvere del loro significato. Un invito che, fino a oggi, la stessa Corte Suprema americana ha raccolto senza remore³⁶.

Per questo, allorché trattano di diritti, le Costituzioni si esprimono con norme prevalentemente di principio (proprio come il XIV Emendamento della Costituzione americana): per consentire l’accordo tra i Costituenti storici, nonché per poter sopravvivere e adattarsi “a ciò che verrà”. Ancorandosi, cioè, non già a quanto i Costituenti pensavano di tutti gli aspetti del mondo o alle idee che circolavano nella società in cui operavano, bensì alla volontà che hanno immesso (volenti o incoscienti) nelle specifiche parole da essi utilizzate. Espressioni utilizzabili, quindi, anche oltre il tempo e l’occasione in cui sono state scelte³⁷, alla luce di non preventivabili trasformazioni sociali, scientifiche, tecnologiche, ideologi-

33 Come scrive M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 47 s., le Costituzioni aspirano all’“eternità ordinamentale” e, anche per questo, il loro testo deve essere sempre “sondato – e rispettato – in tutte le sue virtualità di significato”.

34 Così, quasi alla lettera, M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, www.astrid-online, 2008 (1° luglio 2018).

35 Su questo profilo v. P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 287.

36 Questa tesi è ampiamente illustrata nella *dissenting opinion*: quali esempi si citano le sentenze che verranno evocate *infra* in più luoghi di questo scritto, da *Brown a Obergefell* (tanto per citare due esempi cronologicamente lontani ma alquanto significativi). Si v. anche *infra* il § 6.

37 Con riguardo alle clausole costituzionali che contengono principi – come i diritti individuali – non si può quindi adottare uno “storicismo forte”, che vincoli il giudice alle intenzioni degli autori della Carta, perché ciò equivarrebbe proprio “a negare che la Costituzione esprima dei principi, dal momento che i principi non possono fermarsi laddove il tempo, l’immaginazione e l’interesse storico di un uomo di Stato si è interrotto. La Costituzione prende sul serio di diritti, lo storicismo no”: R. Dworkin, *L’impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 341. V. anche G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 128.

che ecc.

Valga come esempio “italiano” (tra i tanti possibili) l’evocazione vincolante del “pieno sviluppo della persona umana”, contenuta nell’art. 3 della nostra Cost., e il significato problematico da assegnare a tali parole nel procedere della storia³⁸. Che significa, inoltre, che la “libertà personale è inviolabile” e lo sono anche altri diritti così definiti nella nostra Costituzione? Quali margini di espansione attribuire alla stessa libertà personale? Quali luoghi possono definirsi domicilio? Che senso va assegnato ai tre diversi richiami espliciti alla “dignità umana”? Quali i margini dell’autodeterminazione profilabili a partire dall’art. 32 Cost.?

Così, l’VIII Emendamento della Costituzione americana (adottato nel 1791) vieta le punizioni crudeli, ma, all’epoca, era felicemente applicata la pena di morte: dunque, la pena di morte non potrà mai essere revocata? Siamo certi che nel dibattito pubblico e filosofico del tempo – successivo all’opera di Cesare Beccaria, che tanto successo ebbe anche all’estero – non fosse decisamente più variegato lo spettro delle posizioni in campo? E che quelle parole non avessero creato speranze in molti lettori (e facitori) della Costituzione, piuttosto che spegnerle definitivamente³⁹?

Analoghi problemi pone il IX Emendamento, evocando, accanto a quelli enumerati, non meglio precisati altri diritti *retained by the people*⁴⁰.

Andrebbe quindi sempre brandita con estrema oculatezza l’idea dell’intenzione *soggettivo-psicologica* (*old originalism*) o del *significato pubblico originario* (*new originalism*) del legislatore storico: pretendere di scrutare “dentro la testa di persone morte da secoli” – Costituenti o meno – è letteralmente privo di senso⁴¹, specie se occorre prendere decisioni in linea con questo secolo.

Più utile è appoggiarsi invece – di norma – all’intenzione *oggettiva* di quelle stesse disposizioni, ossia a ciò che esse esprimono nel momento in cui sarà necessario interpretarle e applicarle ai nuovi casi. Pur tenendo ovviamente conto delle volontà di chi ha utilizzato quelle parole (come prescrive anche l’art. 12, comma 1, delle nostre Preleggi), e così pure il loro “nucleo storico, indiscutibile”⁴², ma dando altresì vita a un’attività normativa virtuale e attualizzata, derivante pur sempre dalle stesse espressioni linguistiche. Adottando insomma un “originalismo moderato”⁴³ ovvero – ma si tratta di impostazioni che spesso conducono a esiti simili – un “giuspositivismo temperato”⁴⁴.

Le Costituzioni vanno quindi interpretate rimanendo saldamente ancorati al testo e ai “segni” in esse utilizzate, mai rifiutando di confrontarsi con il “nuovo” e con quanto (d’imprevisto) possa comunque rientrare nella portata applicativa delle espressioni e dei principi in esse contenute (dando altresì rilievo alle loro interconnessioni non sempre preventivabili)⁴⁵.

38 Riflette su ciò O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

39 O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

40 P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 297 s. A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 28, evidenzia tuttavia come tale Emendamento non abbia mai assolto al ruolo di una “norma aperta”.

41 R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 132.

42 R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p. 541. Sul fatto che non si possa negare ogni rilievo all’intenzione originaria dei Costituenti (pur non dovendosi rimanere imprigionati da essa) v. le considerazioni e i richiami di L. Pesole, *L’intenzione del legislatore costituente nell’interpretazione del parametro costituzionale*, cit., p. 142.

43 O. Chessa, *Originalismo moderato*, cit.

44 A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 84, pp. 97 ss.

45 Sono note le posizioni al riguardo di A. Pace, espresse, per esempio, nel già citato *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit., spec. pp. 97 ss. Si v. anche L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 145, per il quale “l’incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal... testo, puntando sull’interpretazione sistematica e sul

Come affermato nel *dissent* dei tre giudici che non hanno votato la sentenza, la stessa Corte Suprema – come le Corti costituzionali di tutto il mondo (l’italiana compresa) – ha messo in pratica quest’idea fondante dell’interpretazione costituzionale in numerose sue pronunce⁴⁶: tra le ultime, si veda *Obergefell v. Hodges, Directoty, Ohio Department of Health et al.*, n. 14-556, 26 giugno 2015 (35 S.Ct. 2584), che ha riconosciuto il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁷. Ma, tra le più risalenti, va senz’altro citata la notissima *Brown v. Board of Education of Topeka*, 17 maggio 1954 (347 U.S. 483), che ha interpretato la *due process clause* del XIV Emendamento – concepita da chi conosceva e ammetteva la segregazione razziale – proprio per superare la ghettizzazione scolastica delle persone di colore⁴⁸: suona pertanto paradossale (se non provocatorio) che, per giustificare l’*overruling* di *Roe*, Alito la richiami espressamente nella motivazione, paragonando il supposto errore commesso dalla Corte nel 1973 (con *Roe*) proprio a quanto deciso nella razzista sentenza *Plessy v. Ferguson*, n. 210, 18 maggio 1896 (163 U.S. 537) (poi demolita da *Brown*)⁴⁹.

Un simile approccio interpretativo è dunque già saldamente inseribile nella tradizione americana e nel *modus operandi* della Corte Suprema. Se ne è già fatto cenno: va riconosciuto che i *Framers* hanno consapevolmente elaborato la Costituzione rispettando scrupolosamente la *mission* più tipica di un simile documento fondativo, aprendosi, cioè, anche al futuro.

Le Costituzioni reggono, dunque, interpretazioni evolutive e adattative dei loro testi – le esigono, nel rispetto costante delle parole da cui sono formate – per non diventare zavorre inutili e persino pericolose di fronte al progredire della storia. Ciò finirebbe infatti (e inevitabilmente) per delegittimarle, rendendole del tutto anacronistiche.

L’interpretazione costituzionale risente insomma (*deve* risentire) delle novità e dei fatti (anche inaspettati) ai quali andranno applicate le disposizioni contenute nella Carta, le quali, proprio per questo sono più spesso generali e di principio (non già di dettaglio)⁵⁰: questa strategia consente infatti di mettere d’accordo i “diversi” che le elaborano, senza pregiudicare per nulla i futuri punti di ricaduta di quegli stessi principi al cospetto del nuovo⁵¹.

Un approccio – quello appena illustrato – non certo caro a chi intenda impedire il (pur controlla-

bilanciamento dei principi..., non dev’essere confusa con l’idea di una Costituzione materiale”, carica di valori, del tutto “scissa da quella testuale”. Sull’“insopprimibilità dei vincoli testuali”, pur nel quadro di una posizione ben più aperta verso opzioni interpretative di stampo assiologico, v. F. Modugno, *Interpretazione costituzionale interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it* (8 luglio 2005), spec. §§ 2 e 3.

⁴⁶ A parte *Roe*, si v., ad esempio, le note sentenze *Brown v. Board of Education* (1954), *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), e persino *Bostok v. Clayton County* (590 U.S. 2020), la cui opinione di maggioranza è addirittura elaborata da un giudice conservatore: v. L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 24.

⁴⁷ Si v. anche R. Dworkin, *L’impero del diritto*, cit., p. 389, per il quale la Suprema Corte, nella sua giurisprudenza, non ha mai opportunamente adottato un atteggiamento rigidamente storicista, riconoscendo invece “il valore di diritti costituzionali che i costituenti non avevano contemplato”, adeguandosi così alla realtà e potendo sopravvivere al cambiamento. Com’è nell’ordine delle cose, essa ha perciò applicato la Costituzione producendo risultati che avrebbero sgomentato i suoi sostenitori dei secoli XVIII e XIX.

⁴⁸ P. Bianchi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 299.

⁴⁹ Lo ribadisce anche Kavanaugh nella sua *concurring opinion*. Invece, nell’opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts – discostandosi da un simile uso del precedente – egli afferma che il superamento di *Plessy* avvenne però con decisione unanime dell’allora *Supreme Court*: *Dobbs* nasce invece da un conflitto interno alla stessa Corte e questo avrebbe consigliato un esito diverso e più misurato.

⁵⁰ Come scrive G.U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 24, la Costituzione è così “il regno dei principi”.

⁵¹ C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., pp. 80 ss.

to) evolvere dei diritti e soprattutto il sorgere, per gemmazione, dei c.d. “nuovi diritti”.

5. Segue: un esperimento “sul campo”

Si trae conferma di tutto ciò da un profilo acutamente sottolineato nel *dissent* dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

Vi si stigmatizza che il XIV Emendamento è stato a suo tempo approvato da soli uomini, nel quadro di una società in cui le donne non godevano del diritto di voto e di numerose altre prerogative: il loro ambito d’azione era insomma relegato nel ridotto recinto della casa e della famiglia. I giudici ricordano che proprio nel 1868 – anno di nascita del XIV Emendamento – alla prima ondata di richieste provenienti dalle femministe americane fu replicato che non era ancora giunto il momento in cui le donne avrebbero potuto chiedere tutele costituzionali. Esse non erano quindi percepite come soggetti degni di partecipare alla vita pubblica della Nazione in condizioni di uguaglianza. Neppure molte donne, all’epoca, erano cosce dei loro diritti. È dunque quella la prospettiva attraverso la quale leggere, interpretare e applicare l’Emendamento in questione (e anche le altre norme costituzionali)?

Evidentemente non può esserlo. Nel tempo, la società americana è radicalmente cambiata (spesso per l’opera di minoranze combattive) e si è trasformata, in parallelo, anche la percezione dei contenuti della Costituzione, oltre che – di conseguenza – la stessa giurisprudenza della Corte Suprema: ora si ritiene che le norme costituzionali proteggano le donne (e non solo le donne) anche in situazioni e con riguardo ad aspirazioni impensabili ai tempi in cui quelle stesse norme (con quelle parole) sono state approvate. Relegarle in uno stato d’inferiorità nella sfera pubblica e familiare non è nella nostra comprensione delle cose, aggiungono i giudici dissenzienti. Questi stessi sviluppi sono così entrati gradualmente a far parte della tradizione americana⁵².

Ciò è avvenuto (e avviene) senza affatto ripudiare il testo della Costituzione – e, anzi, rimanendo costantemente ancorati a esso – ma superando la psicologia, i pregiudizi e persino l’ignoranza incolpevole di chi l’ha approvato nel ‘700 o l’ha modificato poi.

Adottare l’approccio interpretativo di Alito & C. significa dunque far uso dell’argomentazione giuridica più comoda per ripristinare l’ordine perduto del passato, incentrato sulla figura prevalente del maschio bianco, benestante, eterosessuale, libero da vincoli⁵³.

S’intende dunque collocare (di nuovo) le donne entro i recinti di un ruolo inevitabilmente subalterno, rendendo legittimo impedire loro di decidere di sé stesse e del proprio corpo non appena prenda avvio una gravidanza⁵⁴. In tale caso, il corpo delle donne si ritiene diventi, cioè, di pubblico interesse, e quindi terreno di scorribanda delle volontà statali: ribaltandosi in tal modo i bilanciamenti in atto da decenni a seguito di Roe.

Che questa sia la volontà politica della Corte Suprema emerge dal fatto che la legge del Mississippi della quale si discuteva non necessitava di un simile *overruling*⁵⁵. Così procedendo si determina

⁵² A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe, cit.*, p. 31 s.

⁵³ L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista del corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere “egregiously wrong from the start”*, in www.costituzionalismo.it, 2022, n. 2, p. 39.

⁵⁴ Sul ruolo che può avere assunto, a tal proposito, l’attuale contesto sociale, ove le donne hanno “atrofizzato” le loro lotte, di contro di ciò che avveniva ai tempi di Roe, v. M. D’Amico, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022.

⁵⁵ E, inizialmente, il Texas neppure l’aveva chiesto, ampliando le proprie pretese solo dopo che la Corte ha disposto il *certiorari*.

invece il totale affossamento del pregresso, abbandonando il fondamentale principio del *judicial restraint*⁵⁶. Lo sottolinea con forza anche il *Chief Justice Roberts*, nella sua *concurring opinion*⁵⁷, benché poi voti il dispositivo della pronuncia.

In definitiva, ciò che è del tutto assente dalla decisione di maggioranza, ritenendosi privo di rilievo, è “l’evoluzione della società. L’orologio della storia sembra essersi fermato alla fine del XIX secolo”, quando la donna rivestiva un ruolo poco più (o poco meno) che ancillare, favorendosi altresì le discriminazioni non solo di sesso ma anche etniche e di reddito che molte di esse subivano e subiscono⁵⁸.

6. Dietro l’angolo: un attacco a tanti diritti

Adottando l’assai peculiare versione dell’interpretazione originalista, psicologica, testualista e storica accolta dai giudici di maggioranza, è dunque inevitabile che anche altri diritti già riconosciuti dalla Corte Suprema vengano (prima o poi) messi in discussione. È pertanto logico prevedere che molte fattispecie relative ai diritti e oggi comprese nel diritto statunitense – e già avallate dalla *Supreme Court* – debbano coerentemente seguire la stessa sorte: perché non menzionate in Costituzione o non desumibili dalle tradizioni di secoli fa⁵⁹.

Non a caso, mentre il giudice Alito (l’estensore di *Dobbs*) afferma apoditticamente che ciò non sarà possibile, posto che gli altri diritti fondamentali ai quali si pensa – a differenza dell’aborto – non distruggerebbero alcuna “*potential life*”⁶⁰ – il giudice Thomas ne approfitta per sostenere esattamente il contrario (sollecitando a portare presto quei temi davanti alla Corte)⁶¹.

Spiace scriverlo ma la ragione – si fa per dire – pare essere dalla parte di Thomas, e lo “*Scout’s honor*”, invocato da Alito, lascia il tempo che trova.

Innanzitutto, perché ciò che infatti rileva sopra ogni cosa nel ragionamento della Corte non è tanto la circostanza che i “nuovi diritti” non coinvolgano quello alla vita, bensì che quegli stessi diritti, via via riconosciuti da *Scotus*, non potevano essere nella mente dei *Framers* o di chi viveva alla loro epoca: essi non sono quindi espressamente menzionati nella Carta americana, non si sarebbero mai consolidati nella storia nazionale, hanno creato e creano spesso divisioni sociali e neppure costituiscono

⁵⁶ Tra gli altri v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 44 e C. Bologna, *Il caso Dobbs e la “terza via”*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022.

⁵⁷ L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 53. Roberts afferma pertanto che l’idea della *viability*, inaugurata con *Roe*, è da ritenersi sbagliata e arbitraria: essa va quindi “scartata”. Detto ciò, egli afferma altresì che non era necessario, in *Dobbs*, procedere oltre il salvataggio dell’impugnata legge del Mississippi: con ciò si compie infatti il “drammatico passo di eliminare del tutto il diritto all’aborto riconosciuto in *Roe*”. Esito che si sarebbe dovuto eventualmente lasciare a un altro momento, in esito a giudizi diversamente strutturati sul lato della domanda.

⁵⁸ A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di Roe v. Wade*, in *Foro italiano*, 2022, pt. IV, c. 439 s.

⁵⁹ Per un significativo elenco, recuperato da Cass R. Sunstein, si v. ancora A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 439: si pensi al diritto di voto, alle discriminazioni sessuali, alla segregazione, all’educazione ecc. ecc.

⁶⁰ La tesi è ribadita anche da Kavanaugh nella sua *concurring opinion*. A proposito di quanto riportato nel testo, appare piuttosto stravagante come i giudici (e non solo i giudici) ascrivibili alla categoria (del tutto impropria) dei *pro-life* siano di norma i più strenui difensori della pena di morte: si v., sul punto, il caso del giudice Scalia, opportunamente illustrato da P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici originalisti e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte Suprema statunitense*, in *Rivista diritti comparati*, 2017, n. 3, pp. 144 ss.

⁶¹ Un’attenta analisi della *concurring opinion* del giudice Thomas è proposta da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., § 13.

no il frutto di una tradizione già formata al tempo del loro riconoscimento giurisprudenziale.

I diritti in discorso (e ora “sotto attacco”) sono stati invece riconosciuti spesso *contro* la legislazione in vigore e comunque *contro* il comune sentire di una parte consistente della popolazione, ma *non* già *contro* i principi contenuti nella Carta, assecondando realisticamente l’evoluzione della società e la nuova percezione di quegli stessi valori. Sono il frutto di sensibilità e tradizioni che si sono via via certamente formate, tuttavia dopo il lavoro dei *Framers*. Perché anche a questo servono le Costituzioni: a tutelare le minoranze o le parti (in vario senso) deboli della popolazione contro le maggioranze che tendono ad abusare della loro forza e dell’“è sempre stato così”, negando, di risulta, i diritti altrui.

Valga l’esempio del matrimonio: si tratta di un istituto certamente e profondamente radicato nella tradizione americana, ma ciò valeva anche per la *miscegenation* e per le unioni tra persone dello stesso sesso⁶²? Vi era dunque (o no) l’esigenza (tratta dalla Costituzione) di garantire a tutti la scelta del/della *partner* a prescindere da ulteriori qualificazioni etniche e di genere? O dovrebbe ribadirsi sempre e comunque la natura necessariamente eterosessuale delle unioni matrimoniali, nonché il divieto di matrimonio interetnico, poiché solo questo i *Framers* e i cittadini del tempo conoscevano?

Dopo *Dobbs* anche altri diritti sono perciò messi in pericolo per le americane e gli americani. Se ne può tentare un primo e sommario elenco, muovendo dall’ingordigia di Thomas (che ne indica una prima serie) e spostando lo sguardo un po’ più in là: il diritto delle coppie sposate a utilizzare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 del 1965); Il medesimo diritto riconosciuto anche al di fuori del matrimonio (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 del 1972); a non essere perseguiti per la scelta di praticare rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 del 2003); a sposare cittadine o cittadini di altra provenienza etnica (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 del 1967); a non praticare la sterilizzazione senza il consenso dell’interessato (*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 del 1942); al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 del 2015); a rifiutare/interrompere le terapie anche salvavita per i pazienti in stato vegetativo (*Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 del 1990). Tra l’altro, quest’ultimo esempio smentisce Alito, coinvolgendo inevitabilmente (anche) il diritto alla vita di un “già nato”. Lo stesso vale, sia pur in modo indiretto – e nonostante gli argomenti di Alito – per la sterilizzazione, per l’uso di contraccettivi di varia natura (d’emergenza o no) e finanche per le pratiche di procreazione assistita: diritti non menzionati nella Carta né forgiati dalla tradizione e dalla storia americana “ai tempi dei tempi”.

7. Segue: le conseguenze per tutti (e non solo per le donne)

A stare dunque con il fiato sospeso non sono solo i diritti delle donne ma, in realtà, i diritti di tutti.

I diritti delle donne, come di consueto – si vedano i casi europei della Polonia e dell’Ungheria⁶³ – identificano solo il “campo di sperimentazione” privilegiato di un cambio di strategia che, in prospettiva, intende incidere ben più nel profondo: una sorta di “prova generale” prima di affondare ancora

⁶² Sul rapporto tra l’abolizione del reato di matrimonio “interrazziale” (*miscegenation*) e l’estensione del *right to marry* anche alle persone dello stesso sesso, cfr. G. Zanetti, *L’orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 89 ss.

⁶³ Sul caso ungherese v. L. Bellucci, *Tradizione, identità nazionale, etnosimbolismo e discriminazione in Ungheria: sfidare i diritti fondamentali con le loro stesse “armi”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, fasc. n. 15, pp. 1 ss.; sulla deriva polacca cfr. E. Caruso-M. Fisicaro, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *questa Rivista*, 2020, n. 2, pp. 186 ss. Ma non si dimentichi anche la disciplina dell’aborto vigente a Malta, in Slovacchia e in Croazia.

di più la lama liberticida. Una preoccupazione che ha sicuramente ispirato la Risoluzione del Parlamento UE dello scorso 6 giugno 2022, nella quale si pone in evidenza la regressione in atto sul fronte dell'interruzione di gravidanza, proponendosi di configurare e inserire tale diritto nel quadro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁴.

È dunque l'edificio di gran parte dei diritti fondamentali statunitensi a essere messo in discussione dall'approccio della *Supreme Court*: con effetti che saranno inevitabilmente a cascata.

Che cosa hanno infatti in comune tutti i diritti appena menzionati (quello all'autodeterminazione delle donne in gravidanza compreso)? Essi derivano da quanto è espresso chiaramente, ma solo in via di principio, proprio nella Costituzione. Tutte le prerogative di cui sopra riflettono insomma fondamentali aspetti dell'identità e della libertà personale, ossia quanto c'è di più intimo nell'esistenza di una persona, come il diritto di scegliere e di autodeterminarsi con riguardo al proprio corpo, alla propria salute fisica o psicologica e alla propria esistenza presente e futura. Come ha affermato la stessa Corte Suprema in più occasioni, ciò deve competere ai singoli e non agli Stati. *Dobbs* ribalta ora tale convinzione per decisivi aspetti dell'esistere: gli Stati vengono legittimati a “fare e disfare” nella sfera privata e intima di uomini e donne⁶⁵. Aver ricavato quei diritti e quelle libertà da una norma costituzionale di carattere generale (che, proprio per questo, li comprende senza difficoltà) è ritenuta oggi una colpa grave e imperdonabile.

Ad essere affossati sono dunque interpretazioni e approcci interpretativi al testo costituzionale americano che si sono lentamente affermati anche in decisioni precedenti (oltre che successive) a *Roe* e a *Casey*. Un *corpus* di pronunce che ha inteso semplicemente rinvigorire le “radici vecchie” delle norme sulle quali sono sbocciate quelle decisioni, calandole opportunamente nel presente⁶⁶.

Come ha infatti affermato la stessa Corte Suprema in un'altra pronuncia citata nel *dissent*, nell'ordinamento americano “non c'è nulla di più sacro o di più attentamente tutelato” del “diritto di ogni individuo a possedere il controllo della propria persona”. Persino troppo, conoscendo certe derive individualistiche statunitensi.

Quelle norme costituzionali *d'antan* tracciano dunque un principio applicabile in vari casi, anche nuovissimi e inimmaginabili per i *Framers*. Alla bisogna sono così servite a colpire scelte sbagliate e proibizioni irragionevoli forgiate dai legislatori statali. Uno sforzo ora cancellato con un tratto di penna e un'alzata di sopracciglia.

8. Una decisione nient'affatto neutrale

La sentenza *Dobbs* non è dunque per nulla neutrale, posto che lascerebbe la scelta di disciplinare l'aborto ai singoli Stati⁶⁷, come si afferma nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh (desumendo ciò dall'affermata neutralità della Costituzione in materia)⁶⁸.

È vero l'esatto contrario: questa pronuncia afferma che, per la Costituzione americana, sarebbero gli Stati a poter decidere come credono del corpo delle donne in gravidanza, persino annullandone *in*

64 Sui contenuti salienti della Risoluzione v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 37 e p. 42.

65 Come rileva C. Valentini, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022, *Dobbs* oscura “le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico”.

66 L'espressione è di R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 57.

67 Come affermano A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 374, “la Corte che sconfessa *Roe* non è neutrale”, rinnegando un diritto che, per quasi cinquant'anni, ha goduto del sostegno della *Supreme Court*.

68 A sostegno di questa tesi si v. N. Zanon, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.

toto l'autodeterminazione⁶⁹. Essi potranno anche costringerle a portare a termine la gestazione pur quando fossero vittime di stupro o di incesto, se le loro condizioni esistenziali le indurrebbero ad altre scelte, se la patologia del feto condurrà inevitabilmente alla morte del nascituro, forse addirittura se le gestanti rischiassero la salute o la vita⁷⁰. Ciò avverrà ad assoluta discrezione della volontà statale, ponendo dunque le donne in una condizione di “semi-schiavitù” corporale⁷¹.

E anche se molti Stati non dovessero approfittare di tale apertura di credito, sulle donne continuerebbe a pendere questa “spada di Damocle”, con il rischio che venga magari fatta precipitare sulla loro testa da nuovi Governatori e da nuove maggioranze. Per assurdo, e *a contrario*, non va neppure escluso che qualche Stato, rivendicando la propria sovranità, in talune circostanze possa persino imporre alle donne di abortire⁷².

Si tratta quindi di una pronuncia che travolge un profilo del diritto alla *privacy* e soprattutto all'autodeterminazione che aveva ormai cinquant'anni di vita, si era inevitabilmente radicato nel sociale, era stato via via limato dalla stessa Corte, aveva ricevuto le numerose riconferme e applicazioni giurisprudenziali puntualmente richiamate nel *dissent*. Un diritto che aveva creato il ragionevole affidamento delle donne che vi avrebbero potuto far ricorso in casi di mancato funzionamento dei metodi contraccettivi o a seguito di vicende molto più drammatiche⁷³. Di contro, essa favorisce solo e soltanto i governi degli Stati che intendano negare tutto ciò e riapprodare – magari – alla legislazione di un secolo fa: ad esempio del 1925, come appena accaduto in Texas⁷⁴, o persino del 1864 e del 1901, come in Arizona⁷⁵.

È, a ben vedere, una rinascita dell'idea reazionaria dei *diritti riflessi*, in voga durante il fascismo: ossia della tesi per la quale i diritti esistono solo se lo Stato lo consente e fino a quando esso lo tolleri; se lo ritiene, li può anche riconoscere ed eliminare a intermittenza, oltre che per le ragioni più varie. Non si tratterebbe dunque di prerogative intimamente connesse all'esistenza di ogni persona, ma grazie concessioni di chi detiene il potere.

È – come noto – l'esatto contrario di ciò che troviamo stabilito nell'art. 2 della Costituzione italiana, per il quale “la Repubblica *riconosce e garantisce* i diritti inviolabili”, dandoli evidentemente per presupposti e non attaccabili dalle maggioranze di turno. Ma contraddice anche ciò che ha sancito la stessa Corte Suprema nelle sue decisioni sui “nuovi diritti” sopra evocati: precedenti e successive a *Roe*.

In sostanza, si ha così la piana violazione di uno dei principi più saldi per uno Stato liberale e di diritto, oltre che dell'idea per cui ogni diritto nasce necessariamente limitato: persino quelli riconosci-

69 La decisione pone perciò “un’istanza di tutela fuori dalla Costituzione” e “interrompe il corso di una protezione giuridica che andava assumendo contorni sempre più definiti”: C. Valentini, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

70 Questo punto è ben sottolineato nella *dissenting opinion*.

71 L'espressione “servitù corporale” è utilizzata da L. Ferrajoli, *Il problema morale e il ruolo della legge*, in *Critica marxista* 1995, n. 3, p. 45. Nello stesso senso si v. R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuali*, Mondadori, Milano, 1994, pp. 140 s.

72 L.H. Tribe - M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 84 s.

73 Aspetti e implicazioni che, in altre pronunce, la *Supreme Court* ha opportunamente valorizzato: si v., al proposito, proprio la sentenza *Casey* (per questo motivo citata da C. Bassu - M. Betzu - F. Clementi - G. Coinu, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 89).

74 Sentenza della *Supreme Court* n. 22-0527, 29 giugno 2022, *in re Ken Paxton* e altri. La legge vieta l'aborto e punisce con il carcere chi lo pratica: la demolizione dell'argine di *Roe* ha consentito la reviviscenza di questa disciplina archeologica.

75 *La Repubblica* del 25 settembre 2022. Per una prima rassegna si v. comunque A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., pp. 32 ss.

bili a embrioni e feti⁷⁶. Si possono quindi fissare limiti alle libertà solo allorché esse venissero a cozzare con altre prerogative di analogo livello costituzionale, ma procedendo, in tal caso, a un loro bilanciamento rigorosamente oculato, ragionevole e proporzionato⁷⁷. Ma per la Corte Suprema del 2022 la parola bilanciamento è “sporca”, come si rimarca nel *dissent*.

Tutt’altro fece la nostra Consulta nella sent. cost. n. 27/1975⁷⁸, la quale aprì la strada alla legge n. 194/1978; ed è quanto, due anni prima, praticò anche la Corte Suprema in *Roe* (ragionando, però, di *privacy*, ossia di autonoma decisione della donna, e non già del suo diritto alla salute, come invece nel caso italiano). Una decisione che – va ribadito – non ha prodotto nuovo diritto, se non per alcuni profili forse meno riusciti della sua argomentazione (e, non a caso, successivamente corretti)⁷⁹, esprimendosi comunque su norme vigenti che non riconoscevano il diritto di autodeterminarsi in capo alla donna “in attesa”; essa forniva così un senso ulteriore – benché compatibile e aggiornato – al principio ricavabile dal XIV Emendamento, riscontrandone la concreta violazione.

Contra le norme allora sotto esame, in *Roe* si stabiliva quindi che lo Stato poteva proibire l’aborto solo dopo la *viability* del feto, graduando l’autodeterminazione per trimestre di gestazione e facendo salvi, negli ultimi novanta giorni, i soli casi in cui la prosecuzione della gravidanza mettesse a rischio la vita o la salute della madre: quelli erano i punti di equilibrio individuati tra i diritti confliggenti (corretti o sbagliati che fossero)⁸⁰. Con *Casey* si corresse poi quel bilanciamento, di fatto rivedendolo nel profondo: salvaguardando senz’altro il diritto all’autodeterminazione – e affermando a chiare lettere che “il divieto di aborto offende la Costituzione perché usa il potere statale per imporre tradizionali ruoli di genere alla donna”⁸¹ – ma ampliando lo spazio d’intervento degli Stati nel “graduarlo”, e abbandonando il *trimester framework*. Si conìò addirittura un principio nuovo, il cosiddetto “*undue burden test*”. In base a esso le limitazioni eventualmente introdotte dagli Stati fino alla *viability*, per essere legittime, non dovevano comunque comportare un onere o interferenze eccessivi per le donne: ciò avrebbe infatti negato ciò che, a parole, veniva confermato. Tuttavia, quell’apertura venne imme-

76 Come ha sancito la nostra Corte costituzionale sin dalla sua sent. n. 1/1956 (e poi costantemente ribadito).

77 V., tra gli altri, R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., pp. 59 s.

78 Sia pur fondando l’invulnerabilità del corpo della donna non già su un suo diritto di autodeterminazione ma sulla tutela della sua salute: per una critica a tale impostazione si v., L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it (11 aprile 2006) e G. Brunelli, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, pp. 826 s.

79 Valga non tanto il richiamo alla *viability* del feto, quanto piuttosto alla distinzione della gravidanza in trimestri (graduando, su quella base, le possibilità di scelta della gestante e lo spazio d’azione dello Stato, fino a togliere alla prima la possibilità di scelta se non in presenza di un pericolo per la sua vita): non a caso tale profilo è stato frequentemente (e sin da subito) criticato anche da chi appoggiava le conclusioni della sentenza. Rivedere tuttavia questo aspetto della decisione – come poi avvenuto in altre pronunce – non imponeva tuttavia di mandare al macero l’intera pronuncia. Sulla bontà del criterio della *viability* per definire il sorgere dell’interesse pubblico alla protezione della vita del feto, v. L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista*, cit., p. 38 s. Si v. anche l’opinione dissenziente contenuta in *Dobbs*, ove si conferma la bontà di tale criterio, così come dell’*undue burden test* adottato in *Casey* (anche quest’ultimo “annientato” dalla decisione di maggioranza).

80 Sul fatto che *Roe* abbia decisamente bilanciato i principi disponibili – sulla scia delle stesse Corti europee – mentre *Dobbs* rifiuti questo approccio v. N. Zanon, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Si v. anche la nota che precede.

81 G. Sorrenti, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 3, p. 612, la quale evidenzia come in *Casey*, a differenza che in *Roe*, si avverta l’incidere di un approccio nitidamente *gender-conscious*.

diatamente utilizzata in chiave anti-*Roe*, generando altri interventi statali e altra giurisprudenza di risulta⁸². Mediante *Gonzalez v. Carhart*, 550 U.S. 124 del 2007, si aggiunse poi un altro notevole paletto, vietando una particolare tecnica di aborto tardivo e terapeutico, prescindendo addirittura dalle eventuali valutazioni contrarie dei medici⁸³. Condendo altresì la motivazione da rilievi di natura morale e assumendo che il feto, anche prima della *viability*, dev'essere comunque ritenuto “un organismo vivente” meritevole di adeguata tutela.

Tra l'una e l'altra delle pronunce appena citate, anche altre decisioni e scelte normative statali sono intervenute per dosare, mettere meglio a fuoco e persino per limitare progressivamente (e spesso non poco) il diritto sancito in *Roe*. Non ne hanno però mai scalfito il nucleo centrale, sia pur superando l'idea della sequenza trimestrale della gestazione, alla quale – non a caso – i giudici dissenzienti di *Dobbs* ormai neppure si riferiscono, ragionando invece soltanto dei margini da riconoscere all'autodeterminazione delle donne⁸⁴.

Dopo *Dobbs*, lo Stato può invece e tendenzialmente tutto, anche allorché fosse in pericolo la vita della donna. Il giudice Kavanaugh, nella sua *concurring opinion*, sembra negarlo, ma non pratica lui stesso, in tal modo, uno di quei bilanciamenti maltrattati dalla pronuncia⁸⁵? La sentenza consente inoltre di punire (o no) chi si trasferirà in un altro Stato per ottenere l'interruzione di gravidanza? O chi aiuterà le donne in questa complicata (e costosa) scelta migratoria? Renderà punibile anche chi, dall'“estero”, invierà alle donne che lo richiedano le pillole abortive? Tanti dubbi che prima o poi deflagreranno davanti ai giudici, potendo anche giungere (nuovamente) alla Corte Suprema⁸⁶: con esiti prevedibilissimi.

9. Una Supreme Court delegittimata e dalla giurisprudenza ormai inaffidabile

Mediante *Dobbs* si cancella dunque con un tratto di penna lo *stare decisis*, ed è – come evidenziato nel *dissent* – la prima volta che ciò accade in senso “inverso” al consueto: per arretrare e non già avanzare sul piano dei diritti⁸⁷. E che esistessero i requisiti via via elaborati dalla giurisprudenza americana per giungere a un tale approdo *monster* – in un ordinamento che su quel principio si fonda – è ancora tut-

82 Viene ricordata analiticamente dall'opinione di maggioranza, a p. 54 della sentenza. V. anche la serie di pronunce proposte da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., pp. 21 ss.

83 Per questo venne fortemente criticata nel *dissent* di Ruth Bader Ginsburg, che vi intravide la premessa per una futura demolizione di *Roe*: lo ricorda A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 26.

84 Viene opportunamente evidenziato da L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 57.

85 Lo nota N. Zanon, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.

86 Nella *concurring opinion* di Kavanaugh si afferma perciò che simili questioni (correlate al tema dell'aborto) verranno decise in futuro.

87 Come avvenne, ad esempio, nella celebre (e più volte citata in *Dobbs*) sentenza *Brown v. Board of Education*, che, nel 1954, eliminò la segregazione scolastica (prima giustificata dalla stessa Corte Suprema nella sentenza *Plessy*); lo stesso vale per la sentenza *Obergefell*, sul matrimonio tra persone del medesimo sesso. Anche gli esempi proposti nella *concurring opinion* di Kavanaugh – strumentalmente utilizzati per dimostrare che tutti i giudici che hanno fatto (e fanno) parte della Corte Suprema hanno praticato l'*overruling* – confermano però questo assunto: il tentativo di giustificare l'attuale regresso nel campo dei diritti produce, pertanto, un evidente effetto distopico.

to da dimostrare, nonostante lo sforzo di Alito e seguaci⁸⁸.

La maggioranza poteva certo decidere di ritoccare quei precedenti e il bilanciamento in essi stabilito, riconoscendone la bontà di fondo ma limandone alcuni aspetti (com'era già sensibilmente avvenuto con le citate sentenze *Casey*, *Webster* e *Gonzales* tra le altre): ha invece adottato una logica demolitoria, aggressiva e persino arrogante. Un esito che rivela però la visione tutta politica sottesa a questa pronuncia: perché l'argomento originalista è, di fatto, solo lo “uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale” allo scopo⁸⁹.

Lo conferma anche la circostanza per la quale, a quanto risulta, almeno tre dei giudici che si sono espressi in *Dobbs* avevano affermato sotto giuramento, davanti ai senatori chiamati a dare il *consent* alla loro nomina, che mai avrebbero demolito *Roe*⁹⁰: hanno mentito (*rectius*: spergiurato).

Non hanno avuto remore a farlo perché la loro missione (e quella di chi li ha nominati) era più importante dell'onestà intellettuale o del rispetto delle istituzioni. Il loro obiettivo era non solo diventare giudici della magistratura gerarchicamente più elevata degli USA, ma, nello specifico, polverizzare proprio *Roe*. Come si legge nel *dissent*, volevano avere i voti alla Corte per fare terra bruciata di quella pronuncia, oltre che per demolire, in prospettiva, anche altri diritti “sgraditi”, affermando e imponendo a tutte e a tutti la loro visione del mondo, ma dipingendo ciò come il frutto neutrale di una legittima scelta interpretativa.

Dobbs, comunque, non abolirà l'aborto ma solo gli aborti sicuri. Produrrà più lutti (di feti e di donne) e lesioni della salute. Impedirà alle donne meno abbienti di abortire in sicurezza o di abortire *tout court*, ma non ostacolerà chi può permettersi viaggi negli Stati libertari, i costi delle cliniche, le giornate di ferie: ai giudici di *Dobbs* (e ai loro seguaci) questo risultato sembra bastare.

Tale pronuncia crea dunque disequaglianze tra le donne di diversa estrazione sociale, tra gli uomini (che mai dovranno affrontare situazioni simili) e le donne (che si troveranno in questa “condizione del tutto particolare”)⁹¹, tra le donne dei diversi Stati americani e, in definitiva, tra gli stessi Stati. Forse ha quindi ragione Sabino Cassese ad affermare che il precipitato di *Dobbs* s'inserirà negli stessi ingranaggi della federazione, potendola anche minare nel profondo se, *pro futuro*, la Corte manterrà fede a queste premesse: continuando cioè la sua demolizione dei diritti e lasciando che i singoli Stati facciano un po' ciò che vogliono, dando luogo a una sconcertante “macchia di leopardo” normativa⁹². È stato così sottolineato che non è neppure del tutto chiaro se, nella visione della Corte, solo gli Stati possano intervenire sul tema, e non anche lo Stato federale⁹³.

Di sicuro, il primo risultato tangibile di *Dobbs* è la più completa delegittimazione della Corte Suprema nonché della sua giurisprudenza passata, presente e futura, divenuta ormai inaffidabile, preda della politica repubblicana e, al momento, funzionale a scelte interpretative utilmente reazionarie⁹⁴.

88 V., per tutti, A. Palmieri - R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., c. 441. Sul punto s'intrattengono (inevitabilmente) a lungo i giudici dissenzienti di *Dobbs*, smontando punto per punto (e con molta efficacia) le affermazioni della maggioranza.

89 C. Caruso, *Originalismo e politicità*, cit.

90 L'ha denunciato Alexandria Ocasio-Cortez, componente democratica del Congresso USA (v. *la Repubblica* del 26 giugno 2022).

91 Parafasando una perfetta definizione contenuta nella sent. cost. n. 27/1975.

92 *Aborto, perché la Corte Suprema ha sbagliato*, in *Corriere della Sera* del 26 giugno 2022.

93 A favore di questa possibilità si spende infatti la (sola) *concurring opinion* del giudice Kavanaugh: L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 51 s.

94 Se è infatti vero che l'opzione originalista non si traduce immediatamente in conservatorismo (L.P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione*, cit.) – ai tempi di Roosevelt, le tesi originaliste vennero ad esempio brandite proprio dal campo democratico, di contro a una Corte Suprema conservatrice che, ripudiandole, puntava ad affossare taluni pilastri del *New Deal* (P. Bian-

Un risultato di cui andare fieri, se si è tendenzialmente ostili alla democrazia e ai diritti. Purtroppo, negli Stati Uniti d’oggi, tanti lo sono, con conseguenze che anche noi europei, prima o poi, potremmo dover sopportare⁹⁵. Per averne un’idea basteranno probabilmente i risultati delle prossime elezioni presidenziali – sulle regole di svolgimento delle quali gli Stati repubblicani stanno già lavorando alacremente⁹⁶ – ma anche solo attendere sull’argine del fiume il “passaggio” di nuove sentenze di una Corte Suprema ormai squalificata dalla sua militanza reazionaria. In realtà, cominciano già a fioccare, a conferma di un’agenda politica in pieno svolgimento⁹⁷.

chi, *Le trappole dell’originalismo*, cit., p. 289) – è però altrettanto certo che, nella recente storia degli *States*, così è prevalentemente accaduto (cfr. C. Sunstein, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 2018, n. 3, p. 1674 e C. Tripodina, *L’argomento originalista*, cit., p. 8-9 e nota 28 del *paper*, la quale riporta significativi esempi decisamente anti-ugualitari).

- ⁹⁵ Almeno sul fronte dei tentativi, specie considerando i legami internazionali dei gruppi antiabortisti statunitensi, in aggiunta agli indirizzi politici conservatori in aumento in Europa e alla tendenza a instaurare un dialogo sempre più serrato tra le Corti (specie su argomenti sensibili): si rinvia alla relazione di S. Mancini, *Sul corpo delle donne: torsioni populiste della democrazia e attacco ai diritti riproduttivi*, svolta al Convegno *Populismi, identità personali, diritti fondamentali*, svoltosi presso Sapienza Università di Roma il 30 settembre 2022, nonché ai rilievi di A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe*, cit., p. 24 e p. 35.
- ⁹⁶ L’azione ha preso avvio dalla Georgia: cfr. S. Filippi, *La nuova legge elettorale della Georgia limita il diritto di voto: la democrazia USA ancora costretta a fare i conti con Shelby County v. Holder*, in *Diritti comparati* (12 aprile 2021). Essa si sta peraltro estendendo a macchia di leopardo: per una rassegna aggiornata cfr. A. Field, *The Lasting impacts of the 2020 Election: Voter Registration, Voter List Maintenance, and Mail Ballot Applications*, sul sito di *Voting Rights Lab* (29 agosto 2022). La strategia consiste nel rendere più complicata l’iscrizione nelle liste elettorali o il voto per corrispondenza, ritenendo che ciò sfavorirà i Democratici, più graditi alle minoranze, le quali sono meno propense a fornirsi di documenti d’identificazione e a seguire pratiche burocratiche complesse.
- ⁹⁷ Si v. *New York State rifle & pistols Association Inc. et al. v. Bruen et al.*, n. 20-483, 23 giugno 2022, che boccia la legislazione dello Stato di New York, la quale aveva timidamente limitato il diritto a possedere armi in privato e in pubblico; *Kennedy v. Bremerton School Dist.*, n. 21-418, 27 giugno 2022, a favore dell’ostentata preghiera di un allenatore a metà campo dopo gli incontri sportivi svolti presso Università pubbliche; *West Virginia v. EPA*, n. 20-1530 del 30 giugno 2022, in cui si priva questo ente del potere di limitare le emissioni di anidride carbonica, preludio alla futura demolizione di altri enti indipendenti di tal tipo, lasciando campo libero alle decisioni statali in materia.