

## Le aporie del caso *Dobbs* ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse

Marco Dani\*

THE APORIAS OF *DOBBS* AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN MORALLY CONTENTIOUS ISSUES

ABSTRACT: The US constitutional experience with regard to abortion rights provides a textbook example of the inability of constitutional adjudication to transcend the divisions of ordinary politics. This thesis is articulated through an examination of a series of aporias found in the reasoning of *Dobbs* regarding the existence of a constitutional right to abortion, the appropriateness of transcending *Roe*, and the role of constitutional adjudication in morally controversial cases. The lesson to be drawn from this jurisprudential involution is that constitutional adjudication should be neither heroic nor renouncing, but should, if anything, be modest: while the solution to social problems is primarily the responsibility of the legislature, the task of constitutional judges is setting the limits of tolerance against which legislative determinations must be measured.

KEYWORDS: Abortion; constitutional adjudication; US Supreme Court; counter-majoritarian difficulty; judicial modesty

ABSTRACT: L'esperienza costituzionale americana in materia di diritto all'aborto costituisce un caso di scuola che dimostra l'incapacità della giustizia costituzionale di trascendere le divisioni della politica ordinaria. Tale tesi è articolata attraverso l'esame di una serie di aporie rinvenibili nelle motivazioni del caso *Dobbs* riguardanti l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto, l'opportunità di superare il precedente *Roe* e il ruolo della giustizia costituzionale in casi moralmente controversi. La lezione che si trae da questa involuzione giurisprudenziale è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essa compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore.

PAROLE CHIAVE: Aborto; controllo di costituzionalità; difficoltà contro-maggioritaria; Corte Suprema USA; nucleo essenziale dei diritti costituzionali

\* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: [marco.dani@unitn.it](mailto:marco.dani@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'aporia *in nuce* in *Roe v Wade* – 3. Le aporie di *Dobbs* – 4. Ipotesi di uscita dall'aporia – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

In *The Core of the Case Against Judicial Review*<sup>1</sup> Jeremy Waldron ricorda che, in occasione del dibattito parlamentare sul *Medical Termination of Pregnancy Bill* tenutosi alla House of Commons nel 1966, parlamentari *pro-life* e *pro-choice* appartenenti indiscriminatamente al partito laburista o a quello conservatore discussero appassionatamente il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, dimostrando attenzione e rispetto reciproci per le loro rispettive posizioni. Quando dalla discussione si iniziò a capire che la componente *pro-choice* avrebbe alla fine prevalso, i parlamentari *pro-life* riconobbero pubblicamente l'apertura ed il rispetto riservato alle loro istanze nel procedimento legislativo, un fatto questo che avrebbe contribuito in maniera determinante alla legittimazione politica dell'atto legislativo in via di approvazione<sup>2</sup>.

Nell'argomentazione di Waldron, l'episodio riportato non serve solo a documentare la capacità delle assemblee legislative di affrontare in modo serio e ponderato questioni così delicate come quella dell'aborto. L'*iter* parlamentare del *Medical Termination of Pregnancy Bill* dimostra come, in un sistema costituzionale tutt'ora imperniato su una concezione maggioritaria della democrazia, sia possibile conseguire un grado di unità politica su questioni moralmente controverse semplicemente inimmaginabile in sistemi, come quello degli Stati Uniti d'America, dove ci si gloria di concepire la democrazia in senso costituzionale e di dirimere le questioni moralmente controverse nel *forum of principle* delle corti<sup>3</sup>. Non senza una punta di perfidia, infatti, a chiosa della rievocazione Waldron si chiede quante volte negli Stati Uniti gli esponenti del fronte *pro-life* si siano congratulati con la Corte Suprema per l'attenzione ed il rispetto loro riservato in *Roe v Wade*<sup>4</sup>.

Non vi è dubbio, all'interno dell'impostazione teorica di Waldron il caso dell'aborto è senz'altro suggestivo, benché il grado di unità o di polarizzazione politica nel Regno Unito o negli Stati Uniti sia probabilmente da ricondursi a variabili diverse (o ulteriori) dalla concezione di democrazia in essi accolta. Ma su un punto Waldron, scrivendo nel 2006, coglieva indubbiamente nel segno: a differenza del *Medical Termination of Pregnancy Bill*, *Roe* non era ancora riuscita ad aggregare quel grado di consenso e di unità politica che normalmente ci si aspetta in relazione ad un principio o a un precedente costituzionale. Prova questa del fatto che, almeno in quella vicenda, la giustizia costituzionale non era riuscita ad esprimere pienamente il proprio valore aggiunto istituzionale e a porsi come fattore di coesione all'interno della comunità politica<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1384-1385.

<sup>2</sup> Il dibattito sarebbe sfociato nell'approvazione dell'*Abortion Act* (1967).

<sup>3</sup> R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge Massachussets, 1986, 33, 69-71.

<sup>4</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>5</sup> Sulla giustizia costituzionale come custode dei principi sottratti alla competizione politica si veda, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni Costituzionali*, XXV, 2005, 273, 275-277. Va da sé che l'unità a cui si aspira in una democrazia costituzionale non è un'unità organica, ma un'unità di azione resa possibile dal compromesso, cfr. K. HESSE, *Concetto e caratteristiche della costituzione*, in K. HESSE, *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse* (a cura di A. DI MARTINO e G. REPETTO), Napoli, 2014, 61, 65-68.

Più che trarne argomenti decisivi contro il controllo di costituzionalità delle leggi in generale, da quel caso si potevano ricavare conclusioni non proprio lusinghiere sulla bontà degli argomenti e della soluzione specificamente sviluppati in *Roe*. Argomenti e soluzione che, come è noto, già erano stati criticati nelle opinioni dissenzienti a quella pronuncia, nella valanga di commenti ad essa seguiti e in un dibattito pubblico durato quasi quarant'anni. Per arrivare, infine (anche se di una fine probabilmente non si può ancora parlare), alla pronuncia in *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*<sup>6</sup>, dove *Roe* sarebbe stata travolta, senza per questo mettere fine alla diatriba, ma alimentando anzi una nuova fase di contestazione della Corte Suprema e di mobilitazione politica sui diritti riproduttivi e l'interruzione volontaria di gravidanza. In un simile contesto, non sorprende che le tesi di Waldron e del *political constitutionalism* ritornino a suscitare interesse<sup>7</sup>, perché è proprio quando la giustizia costituzionale non riesce a distanziarsi dalla politica ordinaria e ad individuare un punto sufficientemente fermo che il suo ruolo di ancora per la democrazia finisce inesorabilmente essere messo in discussione<sup>8</sup>.

Questo articolo presenta il caso *Dobbs* come un caso di scuola in cui la giustizia costituzionale non si è dimostrata all'altezza della funzione ad essa assegnata in una democrazia costituzionale. Quando i giudici costituzionali non riescono a trascendere le divisioni della politica ordinaria, essi finiscono per svolgere, in maniera più o meno militante e più o meno esplicita, il ruolo di partecipanti in quella dialettica politica. Le opinioni da essi formulate possono fornire un sostegno argomentativo più raffinato e consapevole alle posizioni politiche in campo, ma raramente riescono ad aggregare quel più elevato grado di consenso che è necessario per la formulazione di soluzioni sufficientemente condivise e stabili nel tempo. Così facendo, le pronunce costituzionali danno vita ad una serie di aporie<sup>9</sup>, la cui soluzione finisce per dipendere dalla composizione contingente del collegio giudicante. Nella convinzione che un simile esito possa contribuire solo al discredito della giustizia costituzionale, si ritiene che compito dei giudici costituzionali sia anzitutto quello di recuperare una certa distanza dalla politica ordinaria e di costruire quel quadro condiviso di principi entro cui quella si dovrebbe svolgere. Se questo è l'obiettivo, i giudici costituzionali sono chiamati ad un ruolo più modesto: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essi compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore (o dei legislatori)<sup>10</sup>.

La trattazione segue la seguente traccia: essa inizia evidenziando come già *Roe* fosse contrassegnata da una pluralità di aporie, la più importante delle quali attinente proprio al ruolo della giustizia costituzionale in questioni politicamente salienti. Si prosegue esaminando le aporie di *Dobbs*, riguardanti l'esistenza del diritto costituzionale all'aborto, i criteri per l'*overruling* dei precedenti costituzionali e,

<sup>6</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).

<sup>7</sup> Cfr., per esempio, S. MOYN, *Counting on the Supreme Court to uphold key rights was always a mistake Liberals are re-learning the lesson that only democratically enacted rights are reliable*, in *Washington Post*, 17 giugno 2022, disponibile a <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/06/17/supreme-court-rights-congress-democracy>.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 15-17.

<sup>9</sup> L'andamento dicotomico di questo tipo di pronunce è segnalato anche 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 online*, 2022, 3, 1609-1610.

<sup>10</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 2018, 52-53.

infine, il ruolo della giustizia costituzionale. La trattazione si chiude con l'analisi di alcune possibili vie d'uscita dalle aporie: dopo aver evidenziato le difficoltà insite nei criteri espressi dalla Corte Suprema nella celebre *footnote four* di *Carolene Products* (1938), si osserva come una soluzione più condivisa alla questione posta in *Dobbs* si sarebbe potuta ottenere attraverso la definizione dei nuclei intangibili dei diritti costituzionali in questione. La trattazione conclude osservando che qualche spunto in questa direzione si può rinvenire nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts.

## 2. L'aporia in nuce in *Roe v Wade*

Che per la giustizia costituzionale sia difficile elevarsi al di sopra delle parti in causa in tema di aborto è un dato riscontrabile sin da *Roe v Wade*. Già in quella pronuncia ci troviamo di fronte ad una Corte Suprema divisa, con fratture che ricalcano la spaccatura politica tra posizioni *pro choice* e *pro life*. Se questa è la faglia senz'altro più spettacolare, che si rinviene in relazione alle posizioni espresse in merito al riconoscimento della tutela dell'aborto come parte del *right of privacy* e alla contestuale rivalutazione della *substantive due process clause*, più importante ai nostri fini è un'altra e più profonda spaccatura che si intravede nitidamente con riferimento al ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse.

La diversità di impostazione emerge in maniera molto esplicita dapprima nella opinione della Corte, redatta dal giudice Blackmun:

We forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy, of the vigorous opposing views, even among physicians, and of the deep and seemingly absolute convictions that the subject inspires [...]. Our task, of course, is to resolve the issue by constitutional measurement, free of emotion and predilection. We seek earnestly to do this, and, because we do, we have inquired into, and in this opinion place some emphasis upon, medical and medical-legal history and what that history reveals about man's attitudes towards the abortion procedure over the centuries<sup>11</sup>

In casi riguardanti controversie morali e politiche, ci dice Blackmun, il ruolo della giustizia costituzionale è tutt'altro che modesto. Il compito dei giudici non è tanto quello di facilitare l'espressione del conflitto politico, di ricondurlo all'interno di un perimetro condiviso e di assicurarsi che la mediazione delle posizioni contrapposte sia effettuata attraverso le procedure della democrazia rappresentativa. Investita da questioni così salienti, la Corte è chiamata ad un ruolo per così dire eroico, ovvero a decidere il conflitto (*to resolve the issue*) in maniera spassionata (*by constitutional measurement, free of emotion and predilection*). Quasi che a quella controversia sia possibile dare una sola risposta corretta e che, nell'incapacità delle istituzioni politiche di individuarla, spetti al giudice-demiurgo formularla ed infine imporla autoritativamente sulla società. Se è indubbio che un simile approccio vanti un autorevole riscontro teorico<sup>12</sup>, è altrettanto evidente la distanza che intercorre tra questa opinione e la celebre critica di Oliver Wendell Holmes alla maggioranza di *Lochner v State of New York*<sup>13</sup>, tacciata di aver dichiarato l'incostituzionalità della legislazione sui limiti massimi all'orario di lavoro dei fornai

<sup>11</sup> *Roe v Wade*, 116-117.

<sup>12</sup> R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge Massachussets, 1997.

<sup>13</sup> *Lochner v State of New York*, 198 U.S. 45 (1905).

in ragione di una discutibile predilezione per la dottrina del *laissez-faire* economico. A leggere Blackmun, parrebbe che la costituzione americana contenga una specifica teoria sull'aborto e, pertanto, che a questo riguardo quel documento non instauri un ordinamento costituzionale aperto (*made for people of fundamentally differing views*)<sup>14</sup>.

L'accusa di *Lochnering* costituirà un tratto costante della letteratura critica nei confronti di *Roe*<sup>15</sup> che verrà a più riprese riproposta anche in *Dobbs*<sup>16</sup>. Ma questa linea argomentativa trova già nell'opinione dissenziente del giudice Rehnquist un puntuale riferimento che, per quanto in maniera meno esplicita rispetto al posizionamento programmatico di Blackmun, implica per la Corte suprema un ruolo più defilato. Afferma infatti Rehnquist:

If the court means by the term "privacy" no more than that the claim of a person to be free from unwanted state regulation of consensual transactions may be a form of "liberty" protected by the Fourteenth Amendment, there is no doubt that similar claims have been upheld in our earlier decisions on the basis of that liberty [...] The test traditionally applied in the area of social and economic legislation is whether or not a law such as that challenged has a rational relation to a valid state objective. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment undoubtedly does place a limit, albeit a broad one, on legislative power to enact laws such as this [...]. But the Court's sweeping invalidation of any restriction on abortion during the first trimester is impossible to justify under that standard, and the conscious weighing of competing factors that the Court's opinion apparently substitutes for the established test is far more appropriate to a legislative judgment than to a judicial one.

Insomma, secondo Rehnquist si può pure ammettere che l'aborto ricada in un ambito di libertà protetto, almeno *prima facie*, dal XIV emendamento. Tuttavia, le leggi che limitano tale libertà sono soggette a un tipo di controllo di costituzionalità piuttosto deferente, a ben vedere proprio quel criterio di giudizio (il *rationality test*) che il giudice Holmes avrebbe voluto applicare alle leggi di natura economica e sociale in *Lochner*. Ecco allora che, se quello è il criterio di giudizio più corretto, compito della Corte non è intestarsi il bilanciamento degli interessi in gioco, ma semplicemente verificare la coerenza dei mezzi predisposti dal legislatore con l'obiettivo da esso legittimamente perseguito. Come si vedrà, a distanza di quarant'anni proprio questo sarà l'orientamento ispiratore dell'*overruling* di *Roe*<sup>17</sup>. Coerentemente con le impostazioni giurisprudenziali fatte proprie dalla Corte Suprema in reazione a *Lochner*<sup>18</sup>, il *right of privacy* riceverà in relazione all'aborto una protezione sostanzialmen-

<sup>14</sup> «But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States», cfr. *Dissenting opinion* del giudice Holmes in *Lochner*.

<sup>15</sup> Si veda, per esempio, J. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal*, 82, 1973, 937-949.

<sup>16</sup> Opinion of the Court, *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 14 e 40.

<sup>17</sup> Con la notevole differenza che in *Dobbs* si negherà recisamente la possibilità di ricondurre l'aborto all'interno dell'ombrello protettivo del XIV emendamento.

<sup>18</sup> Sulla reazione a *Lochner* si vedano, tra gli altri, S. CHOUDRY, *The Lochner era and comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 1-55, e L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge Massachusetts, 2006, 83-113.

te evanescente: nella misura in cui il legislatore si attiene a standard minimi di razionalità nel configurare i suoi interventi, il *right of privacy* è interamente *up for grabs*<sup>19</sup>. Nessun ambito di indisponibilità a tutela della salute e autodeterminazione della donna potrà allora opporsi al legislatore<sup>20</sup>, suscitando così la sensazione di una sostanziale abdicazione della giustizia costituzionale alla sua funzione di garante dei diritti.

### 3. Le aporie di *Dobbs*

L'originaria aporia riscontrata in *Roe* si ripropone in forme e toni ancora più accentuati in *Dobbs*. Tre sono gli ambiti principali in cui affiorano le fratture interne alla Corte Suprema. Il primo è quello riguardante l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto. Ed è proprio su questo punto che si assiste all'*overruling*: lapidarie sono le parole del giudice Alito, l'autore dell'opinione della Corte, con cui si nega che il XIV emendamento tuteli il diritto all'aborto e, di conseguenza, che le prescrizioni formulate in *Roe* e ridefinite nel caso *Casey* continuino a vincolare i legislatori statali<sup>21</sup>. Ma se è incontestabile che la Costituzione non protegge espressamente il diritto all'aborto, più discutibile è l'argomento impiegato per giustificare l'interpretazione restrittiva del XIV emendamento, soprattutto se si considera il ricorso non certo parsimonioso a questa norma per enucleare nuovi diritti<sup>22</sup>. Per ridefinire l'ambito applicativo della *due process clause*, Alito rinvia alla tesi che permetterebbe di impiegare la tutela solo di diritti fortemente radicati nella storia costituzionale americana<sup>23</sup>. Insomma, secondo Alito e gli altri giudici di maggioranza, a difettare nel caso dell'aborto sarebbe quel profondo radicamento nella storia e nella tradizione che ci si attende per i diritti costituzionali. In assenza di quel requisito (che, non è superfluo notare, è anch'esso privo di riscontri espliciti nel testo costituzionale), la Corte finirebbe per rimanere in balia di un relativismo interpretativo che mal si concilia con il suo ruolo<sup>24</sup>.

A ben vedere, nulla di nuovo o di inaspettato: Alito e i suoi colleghi non fanno altro che riproporre alcuni dei *topoi* più collaudati del testualismo originalista<sup>25</sup>. Ma nemmeno la replica dei giudici dissen-

<sup>19</sup> J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, 303-305.

<sup>20</sup> Lo stesso dicasi per un obbligo di protezione del feto, anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

<sup>21</sup> «The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

<sup>22</sup> Si considerino, solo a titolo di esempio, i casi *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) e *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015).

<sup>23</sup> «[The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment] can be held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty” ... The right to abortion does not fall into this category because until the latter part of the 20th century was entirely unknown in American law ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

<sup>24</sup> «In interpreting what is meant by the Fourteenth Amendment’s reference to “liberty” we must guard against the natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 14.

<sup>25</sup> Su cui si vedano le considerazioni di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Rivista AIC*, 07/2022, L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, ibidem e O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, ibidem.



zienti spicca per originalità. Di fronte dell'invocazione di storia e tradizione, non stupisce che i giudici di inclinazione *liberal* contrappongano l'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali quale tecnica più adatta ad aggiornarne il significato alla luce di mutate circostanze sociali e culturali<sup>26</sup>. Così come è largamente prevedibile anche la critica all'approccio originalista, tacciato di privilegiare soluzioni normative concepite in epoche in cui le donne erano prive del diritto di voto e oggetto di discriminazione<sup>27</sup>. Infine, nessuna sorpresa suscita anche la rivendicazione della bontà della soluzione avanzata in *Roe*, presentata come un tentativo di bilanciamento senza il quale le donne, con buona pace di Waldron, si troveranno inevitabilmente esposte all'arbitrio dei legislatori statali e federali<sup>28</sup>. Nemmeno su questioni all'apparenza più tecniche, quale potrebbe essere l'applicazione della regola dello *stare decisis*, i giudici della Corte riescono a sfuggire all'aporia. Il dato riveste una particolare importanza se, come si è correttamente osservato<sup>29</sup>, nella fase di giustizia costituzionale aperta dalle nomine trumpiane proprio il tema della tenuta dei precedenti di segno *liberal* diventerà il principale terreno di scontro all'interno della Corte Suprema. Non deve sorprendere allora che anche in materia di precedente vincolante traspaia una certa strumentalità nelle posizioni espresse dai giudici. A questo riguardo si assiste ad una bizzarra inversione dei ruoli. Se poco fa avevamo lasciato il giudice Alito a tessere le lodi della storia, della tradizione e, ci si sarebbe aspettati, anche della continuità dei precedenti, in materia di *stare decisis* lo ritroviamo invece alquanto disinvolto nello sbarazzarsi di *Roe*<sup>30</sup>. Ma analogamente sospetta è la difesa di quel precedente da parte dei giudici in minoranza: se poco fa li abbiamo visti attenti ai mutamenti sociali e alla necessità di aggiornare la giurisprudenza della Corte ai progressi scientifici, nessuna disponibilità traspare dalla loro opinione in merito ad una possibile riconsiderazione di *Roe*<sup>31</sup>. A titolo di esempio, notevoli sono stati gli sviluppi nel frattempo intervenuti nelle tecniche contraccettive e i progressi medici nella cura dei neonati prematuri, ma no-

<sup>26</sup> «The Framers defined rights in general terms, to permit future evolution in their scope and meaning. And over the course of our history, this Court has taken up the Framers' invitation. It has kept true to the Framers' principles by applying them in new ways, responsive to new societal understandings and conditions», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 16.

<sup>27</sup> «Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals, and did not recognize women's rights. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification ... it consigns women to second-class citizenship», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 15. Si veda al riguardo E. STRADELLA, *La decostruzione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 209, dove si afferma l'inutilizzabilità dell'originalismo in versione tradizionalista in una prospettiva orientata al genere.

<sup>28</sup> «The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman's interest and recognizes only the State's (or the Federal Government's) », cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 12.

<sup>29</sup> G. ROMEO, *La neogiudice Ketanij Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 709-712.

<sup>30</sup> «*Stare decisis* ... does not compel unending adherence to *Roe's* abuse of judicial authority. *Roe* was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and the decision has had damaging consequences. And far from bringing about a national settlement of the abortion issue, *Roe* and *Casey* have enflamed debate and deepened division», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 5-6.

<sup>31</sup> «No recent developments, in either law or fact, have eroded or cast doubt on those precedents. Nothing, in short, has changed ...», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 6.

nostante ciò in nessun punto della loro opinione i giudici di minoranza sembrano aprire ad una revisione del requisito della *viability*.

Se queste sono le premesse, è scontato che su ciascuna delle cinque ragioni canoniche<sup>32</sup> che possono giustificare il superamento di un precedente i giudici della Corte Suprema arrivino a conclusioni diametralmente opposte. La divaricazione darà luogo ad una vera e propria *escalation*, al culmine della quale i giudici di minoranza arriveranno a dire apertamente quello che in tanti pensano, ovvero che l'unica ragione alla base dell'*overruling* sia la mutata composizione della Corte<sup>33</sup>. Di qui la denuncia dei rischi per l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale che, una volta svincolato da un rigoroso ancoraggio al precedente, finirebbe per operare in modo del tutto analogo a quello delle istituzioni politiche<sup>34</sup>. Tutto vero e tutto condivisibile, non fosse che sul punto anche il fronte *liberal* non può vantare alcuna verginità. Non è un segreto che, all'indomani della pronuncia in *Dobbs*, dalle fila del partito democratico si sia minacciosamente rievocato il *Court-packing plan* di Franklin Delano Roosevelt come possibile strategia per reagire allo *switch-in-time* dei giudici conservatori<sup>35</sup>.

Ce ne sarebbe abbastanza per chiedere ai giudici di prendersi una pausa per riflettere sull'opportunità e sull'utilità di un simile tiro alla fune. Ma nulla di tutto ciò è in vista e viene naturale allora chiedersi: *what's next?* Sono gli stessi giudici a cimentarsi in previsioni. Alito, in un sussulto di prudenza, ci tiene a circoscrivere l'*overruling* alla sola questione del diritto all'aborto<sup>36</sup>. È il giudice Thomas, invece, nella propria *concurring opinion*, a distinguersi dai suoi colleghi della maggioranza per affermare candidamente che potremmo essere solo all'inizio di un più ampio programma di *overruling* riguardante tutti i precedenti in cui si è data applicazione alla *substantive due process clause*<sup>37</sup>. Ne risultano confermati i peggiori sospetti dei giudici *liberal* che, come da copione, si mostrano pronti a suonare l'allarme, non senza aver denunciato l'ipocrisia dei colleghi di maggioranza<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Si fa riferimento in particolare alla natura dell'errore dei precedenti superati, alla qualità dell'argomentazione, alle proprietà operative delle regole imposte dal precedente, agli effetti destabilizzanti del precedente in altre aree del diritto e all'assenza di un concreto affidamento da parte dei consociati in merito alla tenuta del precedente.

<sup>33</sup> «The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 6.

<sup>34</sup> «... to reverse prior law “upon a ground no firmer than a change in [the Court’s] membership” ... would invite the view that “this institution is little different from the two political branches of the Government” », cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 60.

<sup>35</sup> J. CHAIT, *Democrats Must Reform the Supreme Court to Save It* Republicans won control of the Court playing by the rules. *The rules are bad*, in *Intelligencer – New York Magazine*, disponibile a <https://nymag.com/intelligencer/article/democrats-reform-the-supreme-court-pack-roe-epa.html>. Per una ricostruzione delle vicende attorno al *Court-packing plan* si vedano i classici W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York, 2009), 231-239 e B. ACKERMAN, *We, the People. Transformations*, Cambridge Massachussets, 1998, 290-343.

<sup>36</sup> «... we emphasize that our decision concerns the constitutional right to abortion and no other right. Nothing in this opinion should be understood to cast doubt on precedents that do not concern abortion», cfr. *Dobbs* (Opinione della Corte), 66.

<sup>37</sup> «Substantive due process conflicts with that textual command [il XIV emendamento] and has harmed our country in many ways. Accordingly, we should eliminate it from our jurisprudence at the earliest opportunity», cfr. *Dobbs* (Concurring Opinion del giudice Thomas), 7.

<sup>38</sup> «The majority (or to be more accurate, most of it) is eager to tell us today that nothing it does “cast[s] doubt on precedents that do not concern abortion.” ... But how could that be? The lone rationale for what the major-



Ma non sono solo le questioni riguardanti l'estensione del XIV emendamento e la tenuta della regola dello *stare decisis* a dividere la Corte Suprema. Come già in *Roe*, alla base di queste divaricazioni troviamo diverse impostazioni teoriche, da cui scaturiscono diverse concezioni del ruolo della giustizia costituzionale. Anche a questo riguardo la pubblicità delle opinioni separate consente ai giudici di esprimere con schiettezza le loro preferenze. Come anticipato, in poco o in nulla essi si discosteranno dalle posizioni assunte a suo tempo da Blackmun e Rehnquist in *Roe*.

Ecco, allora, Alito intento sin dall'inizio a rimarcare la natura divisiva dell'aborto e a sottolineare, sulla scia di Holmes, l'inesistenza di una *theory of life* nella Costituzione<sup>39</sup>. Di qui, la via è breve per restituire l'aborto alle assemblee legislative degli stati, nella convinzione che quelle siano le sedi più indicate per procedere alla sua regolamentazione<sup>40</sup>. Ne potrebbe discendere la sensazione di un ritorno alla normalità democratica e, aspetto questo da non trascurare, di un sostanziale agnosticismo dei giudici di maggioranza. Sul punto insisterà in particolare il giudice Kavanaugh, con una *concurring opinion* diretta a sottolineare la neutralità della Costituzione e, si potrebbe pensare, dei giudici che così la interpretano<sup>41</sup>. E senza dubbio questo costituisce un elemento distintivo tra l'opinione di maggioranza e quella di minoranza: se il posizionamento *pro choice* di questi ultimi è esplicito, non altrettanto si può dire per le preferenze *pro life* dei primi. Ma altre considerazioni inducono a pensare che l'agnosticismo sia, per così dire, un espediente argomentativo che cela posizioni apertamente conservatrici<sup>42</sup>. O almeno così sembrano pensarla i giudici di minoranza quando affermano che, in materia di diritti, la Corte non agisce in maniera neutrale quando toglie un diritto alle donne per consenti-

---

ity does today is that the right to elect an abortion is not “deeply rooted in history” ... The same could be said, though, of most of the rights the majority claims it is not tampering with ... So one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority’s opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 5.

<sup>39</sup> «Abortion presents a profound moral issue on which Americans hold sharply conflicting views ... Our opinion is not based on any view about if and when prenatal life is entitled to any of the rights enjoyed after birth. The dissent, by contrast, would impose on the people a particular theory about when the rights of personhood begin. According to the dissent, the Constitution requires the States to regard a fetus as lacking even the most basic human right—to live—at least until an arbitrary point in a pregnancy has passed. Nothing in the Constitution or in our Nation’s legal traditions authorizes the Court to adopt that ‘theory of life’», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 1.

<sup>40</sup> «It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people’s elected representatives. “The permissibility of abortion, and the limitations, upon it, are to be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting ... That is what the Constitution and the rule of law demand», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 6.

<sup>41</sup> «Because the Constitution is neutral on the issue of abortion, this Court also must be scrupulously neutral. The nine unelected Members of this Court do not possess the constitutional authority to override the democratic process and to decree either a pro-life or a pro-choice abortion policy for all 330 million people in the United States up to the point of viability (about 24 weeks of pregnancy). The Court’s decision today properly returns the Court to a position of neutrality and restores the people’s authority to address the issue of abortion through the processes of democratic self-government established by the Constitution», cfr. *Dobbs (Concurring opinion del Giudice Kavanaugh)*, 3.

<sup>42</sup> Così C. CARUSO, *op.cit.*, e E. STRADELLA, *op.cit.*

re agli stati di disciplinarlo<sup>43</sup>. In posizioni di questo tipo traspare l'idea che, al di là di ogni astrazione, se lasciato a sé stesso il processo democratico-rappresentativo sia tutt'altro che neutrale. Spetta allora alla giustizia costituzionale schierarsi a difesa dei soggetti di fatto più vulnerabili, erigendo degli argini nei confronti dei legislatori a tutela dell'autodeterminazione individuale<sup>44</sup>. Ma, anche ammesso che questo debba essere il ruolo dei giudici, una serie di questioni rimangono inevase: quali sono le situazioni di vulnerabilità che giustificerebbero la tutela giurisdizionale dei diritti? E quali criteri dovrebbero guidare il giudice nella definizione del livello di tutela di quelle libertà?

#### 4. Ipotesi di uscita dall'aporia

Un riferimento classico per iniziare a rispondere a questi interrogativi è offerto dalla celebre *footnote four* del caso *Carole Products* deciso dalla Corte Suprema nel 1938<sup>45</sup>. In quella nota, il giudice Harlan Stone formulava una serie di criteri che per alcuni decenni avrebbero ispirato la giustizia costituzionale americana, segnando il passaggio da una giurisprudenza incentrata sulla tutela delle libertà economiche ad una giurisprudenza più attenta ai diritti delle minoranze<sup>46</sup>. È infatti nella *footnote four* che si registra il superamento della giurisprudenza *Lochner*, riscontrabile anzitutto nella presunzione di conformità costituzionale applicata alle norme legislative che, almeno a prima vista, non entrano in collisione con la Costituzione. Ed è sempre in questa nota che il controllo di costituzionalità inizia ad essere concepito come strumento funzionale alla creazione di un assetto istituzionale pienamente democratico, superando così la sterile contrapposizione tra originalismo e *non interpretivism*<sup>47</sup>.

Compito dei giudici, secondo questa nuova dottrina, è anzitutto tenere aperti i canali del processo democratico, rimuovere i blocchi che ostruiscono la partecipazione democratica e, in quest'ottica, offrire una tutela rafforzata ai gruppi che, privi di tale sostegno, rischierebbero inesorabilmente di soccombere nel processo politico<sup>48</sup>. Insomma, l'obiettivo della *footnote four* è quello di allentare la tensione originaria esistente tra legge e giustizia costituzionale, per instaurare un rapporto di sinergia at-

<sup>43</sup> «Withdrawing a woman's right to choose whether to continue a pregnancy does not mean that no choice is being made: it means that a majority of today's Court has wrenched this choice from women and given it to states» e ancora «... when it comes to rights, the Court does not act "neutrally" when it leaves everything up to the States. Rather, the Court acts neutrally when it protects the right against all comers. And to apply that point to the case here: When the Court decimates a right women have held for 50 years, the Court is not being "scrupulously neutral." It is instead taking sides: against women who wish to exercise the right, and for States (like Mississippi) that want to bar them from doing so», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 52 e 20-21.

<sup>44</sup> «We believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the rights of individuals ... to make their own choices and chart their own futures. Or at least, we did once», cfr. *Dobbs*, 7.

<sup>45</sup> *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>46</sup> B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, 1985, 713, 714-715.

<sup>47</sup> Cfr. J. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge Massachussets, 1981, vii, che proprio sulla *footnote four* costruisce la propria concezione proceduralista del controllo di costituzionalità.

<sup>48</sup> *Ibidem*. L'intervento giurisdizionale non è semplicemente diretto a rafforzare la partecipazione democratica di questi gruppi, ma arriva ad attribuire ad essi i risultati sostanziali che essi avrebbero conseguito se non fossero sistematicamente svantaggiati nel processo politico, v. B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 720.

traverso il quale il processo democratico dovrebbe giungere a compimento e la difficoltà contro-maggioritaria dovrebbe essere dissolta o, comunque, significativamente stemperata.

Aspetto critico di questa dottrina è l'individuazione dei gruppi verso cui si dovrebbe dirigere l'attivismo delle corti. La *footnote four* offre alcune indicazioni, elencando le minoranze religiose, nazionali e razziali. A fianco di queste, la Corte aggiunge poi le *discrete and insular minorities*, ovvero quelle minoranze caratterizzate da una certa visibilità (*discreteness*)<sup>49</sup> e da una sostanziale incapacità di affermarsi o, comunque, di influenzare il circuito democratico-rappresentativo (*insularity*)<sup>50</sup>. Solo questi gruppi dovrebbero beneficiare della tutela delle corti, mentre per tutti gli altri dovrebbe bastare il normale gioco democratico per riuscire a fare valere i propri interessi.

Quali indicazioni si dovrebbero trarre da questa impostazione teorica e giurisprudenziale per la questione aborto? In particolare, è possibile qualificare le donne come una *discrete and insular minority*? La risposta a questo interrogativo è difficile<sup>51</sup>, perché con riferimento alle donne si deve constatare che, sebbene esse non siano una minoranza<sup>52</sup>, esse costituiscono altresì un gruppo storicamente bersaglio di discriminazioni e pregiudizi. Come applicare quindi la *footnote four* all'aborto? È più corretto, come vorrebbe la maggioranza in *Dobbs*, lasciare che la questione sia affrontata nelle assemblee legislative, dove le donne potranno fare valere le proprie istanze<sup>53</sup> o, viceversa, assicurare forme di tutela giurisdizionale à *la Roe*, in ragione delle situazioni di svantaggio che continuano a contraddistinguere il gruppo in questione? Come si vede, non è semplice risolvere l'aporia attraverso la *footnote four*, a maggior ragione se si considera che da tempo essa stessa è oggetto di critica. A distanza di anni dalla sua enunciazione, si è notato che in realtà le *discrete and insular minorities* riescono ad intervenire in maniera spesso determinante nel circuito democratico-rappresentativo, mentre sarebbero invece i gruppi più diffusi (come, ad esempio, le donne) ad incontrare ostacoli maggiori e, di conseguenza, a meritare forme più incisive di tutela da parte dei giudici<sup>54</sup>.

Altre sono allora le strategie che dovrebbero essere intraprese per individuare il ruolo più adeguato alla giustizia costituzionale in merito alla questione aborto. In esse non si aspira ad assegnare alla giustizia costituzionale un ruolo di primo piano nel bilanciamento degli interessi in gioco, né si lascia interamente al legislatore il compito di disciplinare la materia in nome di una lettura formalista della Costituzione e di una pilatesca neutralità. Più promettente pare piuttosto l'idea di instaurare un circuito virtuoso di cooperazione tra legislatore e corti, al fine di riservare al primo la definizione di un punto di equilibrio che potrebbe variare a seconda degli equilibri politici, e alle seconde l'individuazione di quelle situazioni di vulnerabilità che, a prescindere dagli equilibri politici, richiedono una tutela costituzionale<sup>55</sup>. A tal riguardo non è superfluo ricordare che la giurisprudenza costitu-

<sup>49</sup> *Ivi.*, 728-729.

<sup>50</sup> *Ivi.*, 720.

<sup>51</sup> Si veda sul punto la discussione in J. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., 164-170.

<sup>52</sup> *Ivi.*, 164-165.

<sup>53</sup> Così anche N. ZANON, *La costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *Rivista AIC*, 07/2022.

<sup>54</sup> B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 728-740.

<sup>55</sup> Il punto mi sembra espresso in maniera efficace da R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 52-53, laddove osserva che «... la Costituzione non offre una soluzione univoca ai problemi di conciliazione dei suoi principi e di bilanciamento dei diritti che essa riconosce e tutela; [...] il compito di trovare il punto di equilibrio è lasciato al legislatore ordinario; ma [...] la discrezionalità politica del legislatore deve esprimersi entro i limiti fissati dalla Costituzione, cioè non può giungere a comprimere i principi e i diritti costituzionali fino al punto di annichilirli.

zionale europea ha maturato ormai un'invidiabile esperienza, in particolare attraverso la concezione debole dei diritti fondamentali, all'interno della quale il compito della giustizia costituzionale sarebbe anzitutto quello di proteggere i nuclei essenziali dei diritti nei confronti di leggi che dovessero entrare con essi in collisione<sup>56</sup>.

Le ricadute di un simile approccio sulla questione del diritto all'aborto sarebbero estremamente significative. Assicurato al legislatore il compito di intervenire con una disciplina organica della materia, ai giudici costituzionali spetterebbe un ruolo più modesto di quello esercitato in *Roe*, ovvero quello di fissare i limiti di tolleranza per quella disciplina. Chiaramente anche questo tipo di attività implica un significativo margine di discrezionalità, ma se si pensa a situazioni di estrema gravità – come quelle riguardanti le gravidanze successive ad episodi di violenza o di incesto, i rischi per la vita e la salute della donna, le gravi malformazioni del feto, ecc. – si può abbastanza agevolmente stilare un inventario di circostanze in cui l'interruzione volontaria di gravidanza andrebbe garantita a prescindere da ogni intenzione contraria del legislatore<sup>57</sup>. Vista da quest'angolazione, la soluzione avanzata dalla Corte Suprema in *Dobbs* è chiaramente deficitaria, poiché lascia al legislatore piena libertà per limitare o proibire l'aborto anche nelle situazioni più estreme. Allo stesso tempo, la stessa prospettiva consente anche di evidenziare i limiti della soluzione dettata in *Roe*: lungi dal tutelare solo il nucleo essenziale del diritto all'autodeterminazione della donna<sup>58</sup>, la regola in essa formulata imponeva al legislatore uno specifico bilanciamento di interessi in cui si stabiliva inderogabilmente un elevato livello di tutela dei diritti della donna, ben superiore, ad esempio, a quello protetto dalla legislazione italiana<sup>59</sup>. Inoltre, nella regola introdotta in *Roe*, nessuna tutela costituzionale era apprestata ai diritti del feto, ben potendo gli stati consentire l'interruzione volontaria della gravidanza anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

Era possibile conseguire un risultato di questo tipo nel contesto della giustizia costituzionale americana? È noto che un concetto come il nucleo essenziale dei diritti fondamentali non è di uso corrente nella giurisprudenza della Corte Suprema e non è certo in una materia così divisiva come il diritto all'aborto che era ragionevole aspettarsi una convergenza tra la giurisprudenza costituzionale americana e quella europea. Nondimeno, qualche spunto nella direzione indicata può scorgersi nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. Nella motivazione di questa opinione traspare un chiaro tentativo da parte del Chief Justice di scongiurare una radicale polarizzazione del collegio giudicante. Che questo fosse l'obiettivo della *concurring opinion* lo si riscontra dalla preferenza espressa per un approccio più graduale di ispirazione minimalista<sup>60</sup>. Secondo Roberts, la Corte Suprema avrebbe dovuto procedere all'*overruling* di *Roe*, sul presupposto, condiviso con gli altri giudici della maggioran-

---

La Costituzione si limita a fissare i 'limiti di tolleranza' con cui devono fare i conti le variabili scelte normative. E qui entra in gioco la Corte costituzionale».

<sup>56</sup> Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 91-93.

<sup>57</sup> Analogo discorso dovrebbe valere in relazione alla tutela del feto, soprattutto nelle fasi più avanzate della gravidanza.

<sup>58</sup> In questo senso, invece, mi sembra si esprima S. PENASA, *op.cit.*, 1615.

<sup>59</sup> Non va dimenticato che la legislazione dello stato del Mississippi oggetto del caso *Dobbs* garantiva il diritto ad abortire fino alla quindicesima settimana, offrendo quindi un livello di tutela di poco superiore a quello garantito dagli artt. 4 e 6 della legge 194/1978.

<sup>60</sup> C. R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge Massachussets, 2001.

za, del dubbio fondamento costituzionale della *viability rule*<sup>61</sup>. L'*overruling*, tuttavia, non avrebbe dovuto portare al totale disconoscimento del diritto costituzionale all'aborto<sup>62</sup>. A giudizio del Chief Justice, la Corte Suprema avrebbe dovuto solo ridimensionarne il livello di tutela, in modo da lasciare al legislatore un più ampio margine di manovra. Non vi è dubbio, poi, che al momento di ridefinire il perimetro del diritto all'aborto Roberts sia estremamente vago<sup>63</sup>, sintomo questo della obiettiva difficoltà di delineare il nucleo essenziale dei diritti e, forse, anche della consapevolezza di combattere una battaglia (almeno per ora) persa. In ogni caso, un principio il Chief Justice lo stabilisce con chiarezza, ovvero che ad ogni donna dovrebbe essere assicurata *a reasonable opportunity to choose*. Una formula che, in casi successivi e in circostanze più favorevoli avrebbe potuto ricevere una graduale specificazione. Così non è avvenuto e ciò che invece si prefigura è una nuova stagione di aperto scontro politico in cui non resterà che affidarsi, con Waldron, alla saggezza e alla misura dei legislatori.

## 5. Conclusioni

La traiettoria compiuta dalla Corte Suprema da *Roe* a *Dobbs* potrebbe essere descritta come il passaggio piuttosto improvviso (e, forse, anche improvvisato) da una giustizia costituzionale eroica ad una rinunciataria. Si è visto infatti che, mentre in *Roe* la maggioranza dei giudici della Corte ha riconosciuto il diritto ad abortire, spingendosi fino a dettarne una disciplina piuttosto articolata, in *Dobbs* è arrivata a disconoscere ogni tutela costituzionale a quel diritto, affidandone *in toto* le sorti alla legislazione federale o statale<sup>64</sup>. In questo articolo si sono evidenziate le criticità di entrambe le soluzioni, per poi sostenere che, nel complesso, un simile impiego del controllo di costituzionalità rischia di dissipare il valore aggiunto della giustizia costituzionale, ovvero la sua capacità di ergersi al di sopra delle controversie politiche ordinarie per definirne il legittimo perimetro. La lezione che pare di potersi trarre da questa vicenda, quindi, è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta. Questioni moralmente e politicamente salienti come l'aborto sono e saranno sempre oggetto di conflitti che spetta anzitutto alle assemblee legislative affrontare in ragione della pubblicità dei loro lavori, della loro rappresentatività e delle opportunità di deliberazione che esse offrono<sup>65</sup>. Riconoscere queste qualità non significa però chiudere gli occhi sui limiti del metodo democratico rappresentativo e sulla necessità che il suo impiego

<sup>61</sup> «The viability rule was created outside the ordinary course of litigation, is and always has been completely unreasoned, and fails to take account of state interests since recognized as legitimate. It is indeed telling that other countries almost uniformly eschew a viability line», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion del Chief Justice Roberts)*, 5.

<sup>62</sup> «None of this, however, requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe* ... There is a clear path to deciding this case correctly without overruling *Roe* all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded ... and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion del Chief Justice Roberts)*, 5.

<sup>63</sup> «That right should therefore extend far enough to ensure a reasonable opportunity to choose, but need not extend any further – certainly not all the way to viability», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion del Chief Justice Roberts)*, 1-2.

<sup>64</sup> Occorre comunque riconoscere che la pronuncia in *Dobbs* non va a situarsi all'estremo opposto di *Roe*, collocazione questa che si sarebbe concretizzata se la Corte avesse proibito di tutelare il diritto all'aborto a livello legislativo o nelle costituzioni statali.

<sup>65</sup> J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in *Boston University Law Review*, 89, 2009, 335-355.

rimanga all'interno di una cornice di principi affidati alla custodia dei giudici costituzionali. Tanto quando i giudici si esimono da questo ruolo, quanto quando lo interpretano occupando spazi normalmente affidati alla politica, la giustizia costituzionale rischia di erodere la propria legittimazione. Il fatto che scenari di questo tipo si verificano con una frequenza minore in Europa è, una volta tanto, ragione di non trascurabile conforto<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 2010, 141, 157-158.