

Il “caso *Dobbs*”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States

Paolo Veronesi*

THE “DOBBS CASE”: “EXTREME” ORIGINALISM AND THE CRISIS OF CONSTITUTIONALISM IN THE STATES

ABSTRACT: The U.S. Supreme Court's *Dobbs* decision is examined, highlighting the theory of constitutional interpretation chosen by justices adhering to the majority opinion of the Court and criticizing the “originalism” practiced by them with the aim of overruling the precedent on abortion. The essay then focuses on the consequences to which the repetition of such an approach is likely to lead with reference to other rights and jurisprudential precedents that have hitherto characterized U.S. democracy.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Living Constitution; Stare decisis

ABSTRACT: Viene presa in esame la sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana, mettendo in luce quale teoria dell'interpretazione abbiano scelto i giudici di maggioranza e sottoponendo a critica l'“originalismo” da essi praticato con l'obiettivo di demolire lo *stare decisis* in materia di aborto. Si analizzano quindi le conseguenze alle quali condurrà verosimilmente la riproposizione di un simile approccio in riferimento ad altri diritti e precedenti giurisprudenziali che hanno sin qui caratterizzato la democrazia statunitense.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Living Constitution; Stare decisis

SOMMARIO: 1. Un problema di competenze? – 2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale – 3. Le aporie dell'originalismo – 4. Un originalismo *contra Constitutionem* – 5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs* – 6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente – 7. Una Corte “politica”?

1. Un problema di competenze?

Nella sentenza *Dobbs*, dello scorso 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti imposta (innanzi tutto) il tema del diritto all'aborto (nel suo rapporto con quanto è stabilito in Costituzione) come se si trattasse di una mera questione di competenza.

La Corte afferma pertanto che il compito di stabilire l'esistenza di un diritto all'autodeterminazione delle donne nel decidere l'interruzione di gravidanza non rientrava (e non rientra) tra le prerogative della Corte, spettando invece al potere legislativo dei singoli Stati.

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Contributo su invito.*

Sostenendo esattamente il contrario, dapprima con la celebre *Roe v. Wade* (del 1973), e poi con le correzioni/mitigazioni di *Planned Parenthood v. Casey* (1992) e di altre pronunce della medesima filiera¹, la Corte avrebbe pertanto illegittimamente usurpato il potere e le competenze dei legislatori nazionali. Per questa ragione, *Scotus* ritiene che il precedente del 1973 (e i successivi) sarebbero completamente sbagliati, ossia «*egregiously wrong*», come si trova scritto nella motivazione proprio con riguardo a *Roe*. Quel precedente si fonderebbe inoltre su argomenti niente meno che «eccezionalmente deboli». Da qui il radicale *overruling* e la completa demolizione dello *stare decisis* sul tema.

2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale

A questo pilastro argomentativo la Corte ne aggiunge tuttavia un altro, il quale costituisce il vero fulcro della pronuncia. Esso affonda le proprie radici in una (da lungo tempo) meditata e coltivata scelta interpretativa: essa trova oggi modo di esprimersi compiutamente facendo aggio del nuovo equilibrio “politico” raggiunto in seno alla Corte.

Per addivenire al suo odierno responso la Corte sostiene infatti che le norme costituzionali utilizzate e interpretate in *Roe*², nonché poi più precisamente identificate in *Casey* e nelle successive sentenze sul tema – ove ci si concentra definitivamente sul solo XIV Emendamento – non contemplino o non supportino, in realtà, alcun preteso diritto delle donne d’interrompere la gravidanza.

Per giungere a una tale conversione a U della propria giurisprudenza la Corte mette in campo una tecnica interpretativa di natura rigidamente originalista, preparata con cura nel corso degli ultimi decenni³.

In estrema sintesi, i giudici negano la possibilità di un’interpretazione evolutiva del testo costituzionale – implicita nell’idea di una *living Constitution*⁴ – e sostengono invece che i diritti fondamentali vanno estrapolati dalla Costituzione solo se in essa espressamente previsti o se già radicati nella tradizione del Paese e nella sua storia, con particolare riguardo al tempo in cui le norme di volta in volta sotto la lente sono state concepite. In aggiunta, la *Supreme Court* afferma che i diritti così eventualmente ricostruiti devono comunque rispettare uno schema di *ordered liberty*, e quindi risultare ben inseriti nel sistema degli altri diritti a essi connessi e con questi, dunque, già opportunamente bilanciati.

¹ Un’articolatissima rassegna della giurisprudenza della *Supreme Court* in materia è proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in questa *Rivista*, 3, 2022, 15 ss.

² Specificamente il I, II, IV, V, IX e XIV Emendamento.

³ *Dobbs* è anche il frutto dell’insegnamento originalista impartito a spada tratta 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 *Quad. cost.*, 3, 2013, 669 ss. Per un esame complessivo delle tesi originaliste cfr. 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*, Torino, 2008, 229 ss. (ma recuperato on-line); P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2012, 285 ss. e O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014.

⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. A tale approccio interpretativo s’ispira la *dissenting opinion* dei tre giudici *liberal* in seno alla *Supreme Court*.

Benché, come si dirà *infra*, la motivazione di maggioranza non difetti di contraddizioni, se ne evince che solo in presenza di tali stringenti requisiti i nuovi diritti fondamentali, benché non nominati esplicitamente nella Carta, potranno collocarsi sotto l’ombrello del XIV Emendamento (e della qui prevista *Due Process Clause*).

Questa tesi – di per sé già molto angusta – potrebbe peraltro essere persino superata al ribasso ove dovesse in futuro prevalere la tesi sostenuta nella baldanzosa *concurring opinion* del giudice Thomas: vi si sostiene che l’Emendamento in questione non sarebbe in realtà dotato di alcun contenuto sostanziale, riguardando la sola azione dei legislatori, dei governi e dei giudici. Tutta la corposa giurisprudenza di *Scotus* fondata sulla tesi contraria dovrebbe quindi esser ribaltata. Thomas sollecita, dunque, a sollevare i relativi casi davanti alla Corte, promettendo di usare la scure: come si dirà meglio, si tratta di pronunce che hanno fatto la storia della democrazia statunitense (e, a cascata, non solo di quella).

Dobbs adotta quindi un approccio interpretativo di carattere rigidamente storico. Vi si accoglie la tesi per cui le norme contenute in Costituzione e gli Emendamenti andrebbero assunti badando all’*original intent* di chi li ha approvati, oppure – ed è questo che si deduce dalla motivazione di maggioranza – dando rilievo al solo significato che le parole del testo esprimevano allorché sono state concepite e tradotte sulla carta⁵.

Per i giudici di *Dobbs* il diritto all’autodeterminazione delle donne in gravidanza non supererebbe nessuna queste prove: la discordante ricostruzione storica del fenomeno e delle scelte legislative del passato statunitense in materia di aborto, pur attentamente delineata in *Roe*, viene ora bocciata senza appello⁶.

Le numerose tesi originaliste elaborate dalla dottrina – quella oggi praticata da *Scotus* compresa – brandite come una scimitarra soprattutto dagli interpreti iper-conservatori⁷, hanno però sempre suscitato sconcerto, almeno presso una larga fetta dei giuristi e dei costituzionalisti *in primis*: ciò soprattutto con riguardo a quelle più estreme e meno disposte al dialogo con impostazioni di ben diversa natura. Quanto traspare (*rectius*: esonda) da *Dobbs* è riconducibile proprio a una di queste.

⁵ Si v. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Come osserva O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022, il panorama dell’originalismo è assai variegato, ma tale approccio «in tutte le sue versioni muove dall’idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente».

⁶ Alquanto interessanti sono dunque i passaggi testuali di *Roe* in cui si ricostruisce come la tradizione americana abbia per lungo tempo ammesso l’aborto *pre-quickening* – se ne fa cenno anche nella *dissenting opinion* a *Dobbs* – o come le varie religioni abbiano diversamente impostato il problema dell’interruzione di gravidanza ai primi stadi di sviluppo dell’embrione, o di come, per molto tempo, la massima preoccupazione dei legislatori statunitensi fosse di tutelare la salute delle donne, in un’epoca in cui la medicina (anche ginecologica) era alquanto imprecisa, difettavano gli antisettici e gli antibiotici ancora non erano diffusi.

⁷ È senz’altro certo che l’impostazione originalista non è sinonimo di conservatorismo o reazione (L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022) – ai tempi di Roosevelt venne anzi utilizzata proprio dal campo democratico per contrastare una Corte Suprema che mirava a neutralizzare le politiche del *New Deal* (P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, cit., 289) – è però altrettanto sicuro che, nella recente storia degli *States*, così è prevalentemente accaduto: cfr. C. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2018, 1674.

3. Le aporie dell'originalismo

Le aporie di simili impostazioni teoriche appaiono evidenti.

Innanzitutto, si presenta il problema di stabilire cosa effettivamente vollero tutti i Costituenti americani assunti come un blocco compatto⁸. Quali aspirazioni, quali compromessi e quali riserve mentali condussero i vari componenti dell'Assemblea ad accettare quelle dizioni di principio?

In aggiunta, quale autentica intenzione dovrebbe rilevare? Quella specifica dei Costituenti (al netto di quanto appena precisato), 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 obiettivi diversi⁹?

Si pensi a taluni esempi italiani: a quali «formazioni sociali», ex art. 2 Cost., pensarono i Costituenti? La laicità non è menzionata in Costituzione, eppure davvero non traspare dalle sue maglie? Come abbiamo potuto aderire alla UE, e sopportare limitazioni di sovranità, in base al “generico” art. 11 Cost.? Neppure la separazione dei poteri è menzionata (ed era una tradizione italiana?) ma non costituisce forse il nerbo dell'intera organizzazione costituzionale tracciata nel 1946-48? Cosa avevano in mente i Padri allorché menzionarono quel concetto assai sfuggente che risponde al nome di “dignità”? E si potrebbe continuare...

Neppure la motivazione di maggioranza di *Dobbs* chiarisce del tutto questo profilo: essa intende sostenere che il XIV Emendamento andrebbe interpretato come lo si intendeva proprio e solo allorché venne alla luce (nel 1868) – ammesso che l'esperimento sia possibile – o come il complesso ordinamento statunitense si atteggiava sul tema dell'aborto già prima di quella data¹⁰? Una realtà che – come precisato *supra* – in *Roe* veniva tratteggiata in modo ben diverso e meno monolitico di quanto non accada oggi in *Dobbs* (nonostante le due corpose Appendici che corredano quest'ultima pronuncia). Che l'intento dei Costituenti americani non fosse in linea con queste idee variamente “archeologiche” lo prova del resto la circostanza che essi hanno consciamente inserito nella Carta espressioni generiche e di principio: queste furono i frutti maturi di una serie di «accordi [solo] parzialmente teorizzati» tra di loro stipulati in quel frangente proprio per giungere alla meta¹¹. Se avessero inteso imporre volontà più nitide e meno sfumate i *Framers* avrebbero di certo trovato le parole idonee allo scopo¹²; avrebbero cioè formulato vere e proprie regole. Espressero invece (prevalentemente) concetti astratti, ossia

⁸ Si v., tra gli altri, G. GEMMA, *Irrealtà di un'intenzione del legislatore storico (e di altre realtà collettive)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 385. Si v. anche la copiosa dottrina citata da C. TRIPODINA, *L'argomento originalista*, cit., 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., 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. Con riguardo al canone ermeneutico dell'intenzione del Costituente cfr. la 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., 140 ss.

⁹ V., ad esempio, P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 292.

¹⁰ Si sottolinea questo aspetto nella stessa *dissenting opinion* a *Dobbs*.

¹¹ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 80 ss.: tali accordi consentono alle persone di dimostrare reciproco rispetto anche se non pienamente concordi sulle loro applicazioni in concreto.

¹² O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

principi «con un elevato grado di genericità»¹³, non avventurandosi a declinarli in concreto, né specificando le «concezioni dei concetti» utilizzati da chi li aveva formulati¹⁴, anche perché erano certamente molto diverse da testa a testa e volerle precisare avrebbe mandato a monte quanto raggiunto. Rimangono le coordinate di una (un po’) meno “estrema” versione dell’originalismo, ossia del cosiddetto *original public meaning*. Compito dell’interprete sarebbe dunque di ricostruire come la società del tempo abbia effettivamente inteso le parole incluse nella Carta. Si tratterebbe dunque (e ancora) di un’indagine storica – non affrontiamo il problema (tutto da definire) se compito del giurista sia di indossare le vesti dello storico... – avente, però, un ben diverso scopo: per svolgerlo l’interprete dovrebbe usare le più varie fonti dell’epoca: giornalistiche, giuridiche, scientifiche, pubblicistiche ecc. Quel significato così fatto distillare dalla “botte” costituzionale dovrebbe poi ritenersi pietrificato e vincolante per tutti.

Ma anche quest’approccio non convince¹⁵.

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 (oltre che le persone di colore), negando i loro diritti e relegandole all’esterno della dimensione pubblica (e forzandole invece dentro i recinti della casa e della famiglia).

E poi, quale senso attribuire al testo nel caso in cui quella particolare disposizione sia stata in altra epoca (magari più vicina a noi) modificata in tutto o in parte? Oppure quando sia stata affiancata da un Emendamento che l’ha integrata?

Quale punto di vista prendere poi per buono: quello dell’uomo/donna medio/a, del giurista, di una non meglio precisata persona ragionevole, quello dell’utilizzatore dei migliori vocabolari del tempo? Non è dunque casuale se, in passato, la Corte Suprema si era ben guardata dall’esplicitare in modo così stentoreo un approccio ora ritenuto imprescindibile, preferendo approcci decisamente più sfumati¹⁶. *Dobbs* assume invece oggi come pacifico e scontato un utilizzo rigidissimo di quelle coordinate fino a ieri assai contenute.

4. Un originalismo *contra Constitutionem*

Il vero problema – in aggiunta a quelli appena tratteggiati – è però che simili atteggiamenti stravolgono, a ben vedere, la *mission* più tipica e profonda delle Costituzioni. Queste – non a caso – nascono infatti “presbiteri” (secondo la nota e insuperabile formula coniata da Piero Calamandrei): esse sono cioè (per definizione) finalizzate/destinate a durare nel tempo, rispondendo efficacemente alle trasformazioni

¹³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, 546.

¹⁴ O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit. Sul ruolo delle “concezioni dei concetti” nell’interpretazione della Carta v. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 108. Di «schemi concettuali» ragiona analogamente V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, 84 ss.

¹⁵ Molte delle considerazioni che seguono sono tratte ancora da O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

¹⁶ 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* (2008, in tema di porto d’armi), il cui parere di maggioranza venne steso, non a caso, da Antonin Scalia.

sociali sempre al lavoro perché in grado di adattarsi a fattispecie (anche del tutto) imprevedibili al momento della loro entrata in vigore¹⁷.

Si tratta di una tesi ben nota agli interpreti e a suo tempo sostenuta anche dal *Chief Justice* Marshall, del quale, nel *dissent*, vengono riportate affermazioni paradigmatiche: tra l'altro, egli giustificò la scelta di adottare interpretazioni evolutive della Costituzione ricostruendo proprio il pensiero che fu dei *Framers* (e, dunque basandosi, paradossalmente, sulla stessa dottrina originalista di chi oggi vorrebbe sostenere il contrario)¹⁸.

La conclusione dei tre giudici dissenzienti non fa dunque una piega. I Costituenti americani intendevano consapevolmente predisporre un documento normativo se non perenne, certamente molto longevo: esso venne appositamente concepito per adattarsi ai tempi.

Questo approccio diviene evidentissimo proprio laddove le Costituzioni disciplinano i diritti fondamentali. Anche la Costituzione americana – come tutte le Costituzioni democratiche – non profila dunque nel dettaglio i diritti che enuncia, né potrebbe farlo; li traccia invece in termini generali per agevolare l'adattabilità futura dei loro significati a ciò che verrà. È quanto accade proprio (e anche) con il XIV Emendamento: si tratta di un modo di fare e di pensare che, fin qui, la Corte Suprema ha opportunamente fatto suo¹⁹.

Più utile di un approccio pietrificato dagli ambigui dettami dell'originalismo è appoggiarsi invece – di norma – all'intenzione *oggettiva* ricavabile dalle disposizioni di volta in volta in rilievo, e dunque a ciò che esse concretamente esprimono allorché le si manovrerà per applicarle ai nuovi casi sempre in agguato.

Le Costituzioni vanno quindi interpretate ancorandosi rigorosamente al loro testo ma mai rifiutando di confrontarsi con quanto (anche d'imprevisto) possa comunque rientrare nella portata dei principi in esse ospitati.

Come sostenuto nel *dissent*, la Corte Suprema ha aderito a quest'idea fondante dell'interpretazione costituzionale in numerose sue pronunce: decisioni che hanno fatto epoca e compiuto passi in avanti sul fronte dei diritti²⁰. Un simile approccio interpretativo è dunque già saldamente inseribile nella tradizione americana e nel *modus operandi* della Corte Suprema. Se ne può dunque ora fare a meno come se nulla fosse?

Nel *dissent* si sottolinea perciò che il XIV Emendamento è stato approvato da soli uomini in un frangente storico in cui le donne non godevano del diritto di voto e di numerose altre prerogative. Proprio nel 1868 – anno di nascita dell'Emendamento in discorso – ai primi moti delle femministe americane che rivendicavano i loro diritti, fu "coerentemente" opposto che non erano ancora maturi i tempi in cui le donne avrebbero potuto chiedere precise tutele costituzionali. È dunque quella la prospettiva attraverso la quale leggere, interpretare e applicare oggi le disposizioni incluse nella Carta americana?

¹⁷ Come scrive M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 47 s., le Costituzioni aspirano alla «eternità ordinamentale» e, anche per questo, il loro testo deve essere «sondato – e rispettato – in tutte le sue virtualità di significato».

¹⁸ Su questo profilo v. P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 287.

¹⁹ Questa tesi è ampiamente illustrata nella *dissenting opinion*: quali esempi si citano le sentenze che verranno evocate anche *infra* nel testo, da *Brown* a *Obergefell*.

²⁰ Si v. la nota che precede nonché (ancora) *infra* nel testo.

Per la decisione di maggioranza, dunque, «l’orologio della storia sembra essersi fermato alla fine del XIX secolo»²¹.

5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs*

Adottando lo “stile interpretativo” accolto dai giudici di maggioranza di *Dobbs*, è dunque inevitabile che anche altri diritti già riconosciuti dalla Corte Suprema vengano (prima o poi) rimessi in discussione. Essi non potevano infatti essere conosciuti dai *Framers*, non affondavano nella storia e nella tradizione della Nazione allorché sono stati ammessi e sono quindi scaturiti da attenti e misurati processi interpretativi che andrebbero invece rinnegati *from the start*.

Non sorprende dunque che, a tal proposito, mentre l’estensore Alito punti a rassicurare il pubblico – non disdegnando d’invocare un suo (tutto da provare) «*Scout’s honor*» – l’estremista giudice Thomas ne approfitti per esprimere ben altro avviso.

Si può proporre già un primo elenco di tali diritti in bilico, muovendo proprio da quanto scrive Thomas nella sua *concurring opinion* e aggiungendone anche qualcuno in più: il diritto delle coppie sposate a utilizzare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 1965); lo stesso diritto per chi non è coniugato (*Eisenstadt v. Baird* del 1972); il diritto a non essere perseguiti allorché si praticino rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 2003); il diritto a sposare cittadine o cittadini di altra provenienza etnica (*Loving v. Virginia*, 1967); il diritto a non essere sterilizzati senza un esplicito consenso (*Skinner v. Oklahoma*, 1942); il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 2015) e a rifiutare/interrompere le terapie anche salvavita per i pazienti in stato vegetativo (*Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 1990).

A stare con il fiato sospeso non è quindi solo il diritto delle donne in gravidanza a optare per l’aborto – già demolito da *Dobbs* – ma, in realtà, i diritti di tutti.

I diritti delle donne, come avviene spesso, identificano solo il “campo di sperimentazione” di un cambio di strategia che, però, intende procedere ben oltre.

Dobbs ribalta quindi la convinzione per la quale il diritto di autodeterminarsi con riguardo ad aspetti essenziali relativi al proprio corpo, alla propria salute fisica o psicologica e alla propria esistenza presente e futura compete ai diretti interessati e non già al capriccio degli Stati. Questi ultimi vengono ora legittimati da *Scotus* a entrare a piè pari nella sfera privata e intima di uomini e donne²².

6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente

La sentenza *Dobbs* non è dunque per niente “neutrale”, posto che lascerebbe la palla nel campo d’azione dei singoli Stati²³, come si afferma nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh²⁴.

²¹ A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di Roe v. Wade*, in *Foro it.*, 2022, pt. IV, 439 s.

²² 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».

²³ Come affermano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 374, «la Corte che sconfessa *Roe* non è neutrale», rinnegando un diritto che, per quasi cinquant’anni, ha goduto del suo stesso appoggio.

²⁴ A sostegno di questa tesi si v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.

È vero l'esatto contrario: questa pronuncia afferma che, per la Costituzione americana, sono gli Stati a poter decidere come credono e vorranno del corpo delle donne in gravidanza, persino annullandone *in toto* l'autodeterminazione pur se in presenza – ad esempio – di stupro, incesto, malattie mortali del feto, inefficacia dei contraccettivi utilizzati, situazioni economiche disperate, forse persino ove sia in gioco la loro vita e la loro salute²⁵.

E anche se molti Stati non dovessero giungere a tanto, sul capo delle donne continuerebbe a incombere questo rischio, attualizzato magari da un nuovo governatore e da nuove maggioranze reazionarie oggi in grande spolvero.

Si viene così a demolire, con una sufficienza troppo smaccata, un diritto che aveva ormai quasi cinquant'anni di vita, si era radicato nel sociale e nella mente delle persone, era stato progressivamente calibrato (e persino assai limitato) dalla stessa Corte e dai legislatori statali, aveva ricevuto le riconferme e le applicazioni giurisprudenziali puntualmente richiamate nel *dissent*. Un diritto che aveva ormai dato luogo a un ragionevole affidamento in capo alle donne: convinte che vi avrebbero potuto far ricorso in casi di mancato funzionamento dei metodi contraccettivi o a seguito di vicende molto più drammatiche²⁶. Non tutti, certo, ne approvavano l'esercizio – ma lo stesso vale per pressoché tutti i nuovi diritti – ma a nessuno era imposto di esercitarlo: ora il quadro d'insieme muta radicalmente.

La Corte rifiuta insomma ogni bilanciamento e procede per la sua strada alquanto angusta. Negando che cinquant'anni siano sufficienti per insediare una tradizione o cambiare la storia di parole pronunciate nel 1868 e rifiutando di riconoscere che è nella sua tradizione interpretare evolutivamente la stessa Carta.

In *Roe*, invece, la Corte aveva impostato i bilanciamenti opportuni per risolvere il caso e il tema: stabiliva quindi che lo Stato poteva proibire l'aborto solo dopo la *viability* del feto, graduando l'autodeterminazione della gestante per trimestre di gravidanza e facendo salvi, negli ultimi novanta giorni, i soli casi in cui fosse davvero 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)²⁷. Con *Casey* si corresse poi proprio quel bilanciamento, rivedendolo in non poche pieghe: ribadendo il diritto all'autodeterminazione fino alla *viability* ma predisponendo un principio nuovo, il cosiddetto "*undue burden test*". Vi si affermava che le limitazioni eventualmente introdotte dagli Stati, per essere legittime, non dovevano comunque comportare un onere eccessivo per le donne in gravidanza, negandosi cioè quanto formalmente si garantiva: quella correzione generò altra giurisprudenza e altra legislazione (alquanto) restrittiva²⁸. *Gonzalez v. Carhart* (2007) aggiunse poi un altro divieto, proibendo *erga omnes* una particolare tecnica medico-

²⁵ La decisione pone perciò una tutela già ampiamente riconosciuta (da lungo tempo) al di fuori della Costituzione: C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

²⁶ Aspetti e implicazioni che, in altre pronunce, la *Supreme Court* ha opportunamente valorizzato: si v., al proposito, proprio la sentenza *Casey*: C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 89.

²⁷ Sul fatto che *Roe* abbia decisamente bilanciato i principi disponibili mentre *Dobbs* rifiuti questo approccio v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

²⁸ Si v. la motivazione di maggioranza, a p. 54 della sentenza. V. però anche il *dissent* e la serie ragionata di pronunce proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovette*, cit., 21 ss.

chirurgica di aborto tardivo e terapeutico²⁹. Usando peraltro toni che a molti commentatori parvero decisamente paternalistici.

Con *Dobbs* si annulla dunque lo *stare decisis*, ed è – come scritto nel *dissent* – la prima occasione in cui ciò accade per arretrare e non già avanzare sul terreno dei diritti³⁰. È dunque quasi offensivo che, per giustificare questo ribaltamento, Alito invochi la già menzionata decisione *Brown*, la quale eliminò la segregazione scolastica delle persone di colore, salvata invece, anni prima, con la sentenza *Plessy*: paragonare espressamente *Roe* proprio a *Plessy* è a dir poco ingiurioso.

E che esistessero poi i requisiti via via elaborati dalla giurisprudenza americana per giungere a un tale approdo – in un ordinamento che su quel principio si fonda – è ancora tutto da dimostrare³¹: nel *dissent* si replica perciò punto per punto, e con indubbia efficacia, a quanto affermato nell’opinione di maggioranza.

Sia chiaro, la maggioranza poteva certo decidere di ritoccare quei precedenti e il bilanciamento in essi stabilito, limandone alcuni aspetti. È quanto già ampiamente avvenuto con le citate sentenze *Casey* e *Gonzales* tra le altre. Ha invece preferito un’altra strada, decisamente più radicale, suscitando anche la presa di distanza del *Chief Justice* Roberts: egli ha però votato a favore del dispositivo, pur affermando che la questione sul tappeto – generata dalla legge del Mississippi – non avrebbe richiesto di spingersi così in là, violando – di fatto – il principio del *judicial restraint*.

7. Una Corte “politica”?

L’esito infine prescelto consente però di mettere a nudo la visione tutta politica sottesa a questa pronuncia. L’originalismo vi appare, di fatto, solo come lo «stratagemma retorico-persuasivo funzionale» all’obiettivo³². Uno strumento via via affinato nel corso tempo e ora praticato a largo raggio facendo perno sul paziente, progressivo inserimento presso gli scranni della Corte – da parte dei Presidenti repubblicani a partire almeno da Nixon – di giudici alquanto giovani, conservatori quando non reazionari, molto vicini a determinate sensibilità religiose, convinti assertori dell’*old* o del *new originalism*. L’apoteosi di una simile strategia di occupazione si è raggiunta proprio con il Presidente filogolpista Donald Trump, il quale ha avuto la ventura di scegliere ben tre giudici dal profilo inequivocabile.

La conferma di un simile intento politico è del resto confermato dalla circostanza per la quale, a quanto risulta, almeno tre dei giudici che si sono espressi in *Dobbs* – quelli appena evocati – avevano

²⁹ 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 v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2022, 26.

³⁰ 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.

³¹ V., per tutti, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 441..

³² C. CARUSO, *Originalismo e politica*, cit.

affermato, sotto giuramento e al cospetto dei senatori chiamati a dare il *consent* – che mai avrebbero demolito *Roe*³³: hanno evidentemente spergiurato.

Il primo effetto di *Dobbs* è però (e soprattutto) la delegittimazione della Corte Suprema, nonché della sua giurisprudenza, perché ormai inaffidabile, preda della parte repubblicana più retriva e del tutto in linea con scelte reazionarie che non si fermano nemmeno davanti a un corposo *stare decisis* ormai immerso nel tessuto della società americana (e nella vita di chi la anima).

C'è da star certi che non finirà qui: non solo a seguito dell'“invito a Corte” del giudice Thomas, ma perché *Scotus* è alacremente all'opera e già se ne vedono alcuni effetti: perfettamente compatibili con *Dobbs*, ovviamente³⁴.

³³ L'ha messo polemicamente in rilievo Alexandria Ocasio-Cortez, componente democratica del Congresso USA (v. *la Repubblica* del 26 giugno 2022).

³⁴ Valga ciò per la sentenza *New York State rifle & pistols Association Inc. et al. v. Bruen* (23 giugno 2022), la quale boccia la legislazione dello Stato di New York che aveva pur timidamente limitato il diritto a portare armi in privato e in pubblico; *Kennedy v. Bremerton School Dist.* (27 giugno 2022) si esprime a favore dell'ostentata preghiera praticata di un allenatore a metà campo dopo gli incontri sportivi svolti in una Università pubblica; in *West Virginia v. EPA* (30 giugno 2022), privandosi quest'ultimo ente del potere di limitare le emissioni di anidride carbonica, si prelude alla futura demolizione di altre organizzazioni indipendenti di tal tipo, favorendosi di risulta le sole decisioni statali in materia.