

Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne

Graziella Romeo*

DOBBS V. JACKSON: THE LAST TRANSFORMATION OF ORIGINALISM PASSES THROUGH WOMEN'S BODIES

ABSTRACT: The doctrine of precedents reflects common law legal culture, which believes that judges should be guided by principles inductively derived from judicial experience and animated by modesty and respect for tradition. However, in the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* case, the Supreme Court questioned this view of *stare decisis*. It offered an alternative vision, highlighting the limitations of relying on precedents in constitutional argumentation. This approach to *stare decisis* is consistent with the argument that questions the legitimacy of non-originalist precedents. Against this backdrop, the article makes a twofold claim. Firstly, it argues that originalism advances an interpretation of constitutional law that significantly curtails women's rights. Secondly, it maintains that the current Supreme Court is not equipped to resist the originalist trend because of the lack of political feminism approach of the kind advanced by the late Justice Ginsburg. To support this argument, the article analyzes *Dobbs* by focusing on the originalist justification for overruling *Roe v. Wade* and highlights the consequences of the dogmatic approach of originalism on women's claims.

KEYWORDS: Women's rights; right to abortion; precedents; *stare decisis*; common law

ABSTRACT: La regola del precedente riflette la cultura giuridica di *common law* ovvero la preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato e animato da modestia e rispetto della tradizione. Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei *non-originalist precedents*. Il presente lavoro sostiene che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale

* Professoressa associata di diritto pubblico comparato presso l'Università Bocconi di Milano. Mail: graziella.romeo@unibocconi.it. Il contributo è frutto di una ricerca finanziata da Fondazione Cariplo, nell'ambito del progetto ALFA. Contributo sottoposto a referaggio.

composizione della Corte Suprema e, in particolare, dalla difficoltà di rinvenire posizioni vicine al femminismo politico della defunta *Justice* Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* di *Roe v. Wade* ed evidenzia le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism* sulle rivendicazioni femminili.

PAROLE CHIAVE: Diritti delle donne; diritto all'aborto; precedenti; *stare decisis*; *common law*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il precedente non-originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta – 3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson* – 4. L'originalismo e il corpo delle donne – 5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

1. Introduzione

La regola del precedente è coerente con un assunto fondamentale del ragionamento giuridico di *common law*: il processo di scoperta e apprendimento attraverso l'esperienza consente alla ragione umana di giungere a soluzioni giuridiche corrette¹. La sopravvivenza della regola derivata dal precedente segnala, infatti, che quella particolare soluzione ha soddisfatto la comunità dei giuristi e servito adeguatamente la società civile. Al contempo, il principio dello *stare decisis* contribuisce a garantire la certezza del diritto nell'ambito di un ordinamento che possiede «the power of growth», ossia la capacità di assicurare l'evoluzione delle soluzioni giuridiche nella direzione del loro sempre maggior adattamento al mutamento delle esigenze sociali².

Negli Stati Uniti, la regola del precedente riflette inoltre l'impronta liberale del *common law* rintracciabile nella preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato, piuttosto che dalle deduzioni di regole dai comandi imposti autoritativamente da un sovrano³. In questo senso, la regola manifesta la medesima esigenza espressa dalla nozione di

¹ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Frankestown (NH), Marshall Jones Company, 1921, 182-183. Martin Shapiro spiega la logica del precedente ricorrendo alla teoria comunicativa e, in particolare, identificando nella "ridondanza" (*redundancy*) l'elemento chiave per comprendere il funzionamento del precedente sul piano comunicativo. Infatti, per Shapiro il richiamo del precedente svolge la stessa funzione che, nella trasmissione delle informazioni, è svolta dalla ridondanza ovvero dalla ripetizione del medesimo contenuto del primo flusso comunicativo. La *redundancy*, qualificata per il suo non aggiungere nulla al bagaglio informativo del recipiente il messaggio, serve però lo scopo di assicurare il feedback e identificare eventuali errori nella trasmissione del contenuto iniziale. Con questa analogia, Shapiro intende chiarire che il precedente, continuamente rielaborato, consente l'affinamento della soluzione giuridica inverando la funzione comunicativa (dal giudice alla comunità dei giuristi e alla società nel suo complesso) della decisione giudiziale: M. SHAPIRO, *Towards a Theory of Stare Decisis*, in M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002, 102 ss.

² R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 183.

³ *Ibidem*. Questa affermazione potrebbe ingenerare l'idea che Roscoe Pound intendesse negare la natura autoritativa del diritto. Al contrario, per Pound la forza era un elemento essenziale del diritto («law involves force» sostiene in *Social Control Through Law*, New Heaven (Mass), Yale UP, 1942, 20). Cionondimeno, egli era convinto che ogni ricostruzione del diritto come espressione di una forza dovesse fare i conti con la constatazione dell'intrinseca debolezza di ogni autorità fondata solo sulla forza. Per questa ragione, secondo Pound la *force*

supremacy of the law, ovvero la sottoposizione del potere, potenzialmente arbitrario, a principi di ragione contenuti nella legge.

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁴, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei non-*originalist precedents*. Da questo punto di vista, la pronuncia *Dobbs* offre l'occasione per indagare la posizione dell'attuale Corte Suprema sul tema dei diritti delle donne anche alla luce del dibattito originalista. Il presente lavoro intende sostenere che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale composizione della Corte Suprema e, in particolare, dall'assenza di posizioni pienamente adesive rispetto al femminismo politico della defunta Justice Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* della pronuncia *Roe v. Wade*, lo storico precedente che aveva riconosciuto un diritto costituzionale alla libertà delle scelte riproduttive⁵. Il lavoro prosegue offrendo una lettura delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne, al fine di evidenziare le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism*. Infine, l'articolo offre uno sguardo non originalista sulla condizione femminile, anche attraverso il richiamo delle posizioni in tema di diritti delle donne di alcune giudici della Corte Suprema.

2. Il precedente non originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta

Nei sistemi di *common law*, il *precedent* non rappresenta soltanto una decisione passata da impiegare per risolvere il problema giuridico del caso presente. Il *precedent* è piuttosto un modello di soluzione giuridica corretta che funge da *authority* all'esito di un puntuale ragionamento teso a individuare la *ratio decidendi* all'interno dell'*opinion*⁶. Una volta isolata dal giudice del caso successivo, la *ratio decidendi* costituirà il *precedent*⁷. Proprio per questa ragione, il precedente rappresenta la rile-

definisce il diritto dal punto di vista del *lawmaker* nel senso che è sempre legittimo l'impiego della forza rispetto ai residui di antisocialità e cioè di rifiuto dei comportamenti dovuti. L'esperienza del diritto è però più complessa e non può essere identificata soltanto con la sua dimensione di comando: v. R. POUND, *Jurisprudence*, St. Paul (Minn), 1959, 130.

⁴ 597 U.S. ____ (2022).

⁵ 410 U.S. 113 (1973).

⁶ La *ratio decidendi* può essere descritta come «a proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts»: v. M. ZANDER, *The Law-Making Process*, London, Butterworths, 1999, 263.

⁷ La dottrina classica del precedente prescrive l'adesione obbligatoria alla decisione passata, come chiarisce Lord Mansfield della High Court of Chancery nella sentenza *Roe v. Griffiths*, 1 Bl. Rep. 605 (1766): «precedents must be adhered to although it is not founded upon truly rational grounds and principles». Sull'obbligatorietà come elemento qualificante del precedente v. F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Occorre tuttavia chiarire cosa si intenda per precedente obbligatorio. Infatti, la dottrina dello *stare decisis*, nella sua formulazione tradizionale, si fonda sulla distinzione tra la *ratio decidendi* e l'*obiter dictum*. In altri termini, il giudice, applicando il precedente, compie un'operazione intel-

vazione e l'applicazione a un caso concreto di un diritto che esisteva prima della decisione e che quest'ultima si limita a richiamare esplicitamente.

Il cosiddetto "precedente verticale", ossia la decisione passata di una corte superiore, si impone come fonte del diritto che condiziona il ragionamento del giudice della corte inferiore. Quest'ultimo è tenuto al rispetto del *precedent* anche quando non aderisca al *reasoning* o ritenga la soluzione giuridica ivi incorporata non convincente⁸. Diverso è lo statuto del "precedente orizzontale", ovvero della decisione dotata dell'autorevolezza di paradigma che non vincola per il futuro la corte che l'ha emessa. È infatti generalmente accettato che le corti apicali debbano godere del potere di mutare gli indirizzi giurisprudenziali per evitare la fossilizzazione di orientamenti e soluzioni giuridiche incapaci di rispondere alle esigenze del presente⁹. La dottrina americana parla, a tal proposito, di ridotta vincolatività o importanza del precedente costituzionale¹⁰.

Tale valutazione riflette lo statuto del precedente costituzionale sul piano teorico. Cionondimeno, la circostanza per cui il ragionamento attraverso i precedenti è parte integrante della formazione dei giudici (e dei giuristi) americani ha determinato la sopravvivenza della logica dello *stare decisis* anche presso le corti apicali e, in particolare, la Corte Suprema¹¹. L'*overruling* di un precedente è, dunque, generalmente percepito come un'operazione alla quale ricorrere come *extrema ratio* per la correzione di errori giudiziari. Inoltre, si tratta di una soluzione alla quale si approda solo dopo una serie di decisioni intermedie che ridimensionano il principio di diritto ricavato dal precedente e preparano la comunità politica per il suo superamento.

Negli ultimi anni, alcuni giudici supremi di orientamento originalista hanno chiarito che, posta la ridotta vincolatività del precedente orizzontale, lo *stare decisis* non può determinare la sopravvivenza di decisioni che si caratterizzano per interpretazioni costituzionali creatrici non radicate in letture

letturale in due fasi. Nella prima fase egli scarta, con un procedimento induttivo, gli *obiter dicta* al fine di cogliere il principio giuridico (la *ratio decidendi*) senza il quale la decisione sarebbe stata diversa. La seconda fase consiste, invece, nell'applicazione della *ratio decidendi* al nuovo caso, attraverso l'esercizio di una logica deduttiva. In questo contesto, soltanto le *rationes decidendi* costituiscono *authorities* e sono dunque vincolanti. Quest'opera di estrazione della *ratio decidendi* o *holding* è necessariamente operata dal giudice successivo a quello che ha deciso il precedente e serve a chiarire sempre meglio il significato della *legal rule* tracciata dal precedente. Si comprende, in questa prospettiva, perché nella dottrina classica del precedente è rilevante distinguere anche tra la *decision* e l'*opinion*, in quanto solo la *decision* condensa la *legal rule*, mentre l'*opinion* è corredata da una serie di argomenti accessori o finanche non del tutto coerenti con la *decision*. Questa distinzione è adombrata dal Chief Justice Marshall nella sua opinione nel caso *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821). Su questi aspetti v. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, 154 ss.

⁸ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, Cambridge, 2009, 36 ss. e Id, F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Schauer insiste sul fatto che di precedente si può parlare soltanto in quanto il giudice è vincolato al suo impiego sebbene egli sia intimamente convinto che esso non sia la migliore o finanche la più giusta soluzione del caso che si trova ad affrontare.

⁹ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 211.

¹⁰ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, cit. 36.

¹¹ Come testimonia da ultimo la difesa dello *stare decisis* operata dalla neo giudice Ketanji Brown Jackson in occasione degli hearings senatoriali: *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7, disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>.

storicamente orientate della Costituzione¹². Questa posizione ha almeno due corollari: 1. se l'interpretazione originalista smentisce un precedente, allora il precedente è *wrongly decided*; 2. l'*overruling* di un precedente di questo tipo è la soluzione da preferire, a prescindere dal radicamento nell'ordinamento di quella regola o principio di diritto.

Gli originalisti non contestano la bontà del ricorso al precedente in quanto tale. Anzi, una parte della letteratura originalista sottoscrive la tesi che assegna centralità ai precedenti quando sostiene che la Costituzione attribuisce loro, almeno implicitamente, valore costituzionale nel momento in cui riconosce il *judicial power* delle corti¹³. Queste ultime, infatti, hanno progressivamente contribuito allo sviluppo della *common law* attraverso la regola dello *stare decisis*. Per alcuni originalisti ciò implica necessariamente che la Costituzione abbia avallato la pratica del precedente e incorporato la *federal common law*, lasciando intatto il potere congressuale di abrogare le regole di diritto ivi contenute attraverso la legislazione.

In particolare, McGinnis e Rappaport propongono un approccio pragmatista al problema della conciliazione tra originalismo e regola del precedente. Secondo questi autori, il giudice deve sempre valutare le conseguenze del rigetto del precedente ed evitare l'*overruling* se il beneficio, in termini di correttezza delle operazioni interpretative e bontà della soluzione giuridica offerta, non supera il costo al piano della certezza del diritto e dell'affidamento individuale e collettivo generato dal precedente. Da questa constatazione, essi ricavano la necessità che l'interpretazione di quest'ultimo sia coerente con il testo costituzionale¹⁴. Lo sforzo di coniugare la regola del precedente con l'originalismo è fondato sulla tutela della normatività della Costituzione scritta. La conseguenza di questo ragionamento è, infatti, che la Costituzione debba essere applicata assieme ai precedenti. Da questa prospettiva, l'uso delle decisioni passate non mina la piena normatività del testo scritto. Piuttosto, i precedenti sono un modo per realizzare la normatività della Costituzione¹⁵.

In ultima analisi, la critica originalista non contesta la regola del precedente in quanto tale, non revoca cioè in dubbio la logica dello *stare decisis*¹⁶. La critica è rivolta piuttosto verso un impiego di quei precedenti che, a giudizio degli originalisti, dipartono decisamente dalla Costituzione per il loro carattere di novità, cioè per il loro radicarsi in letture evolutive, storicamente infondate, del testo costitu-

¹² Sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017, 1 ss.

¹³ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review* 103, 1, 2009, 830. Secondo gli A., tale richiamo deve ritenersi implicito nell'Art. III della Costituzione americana che prescrive «The Judicial Power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Court as the Congress may from time to time ordain or establish».

¹⁴ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 830. Posizioni più intransigenti rispetto alla priorità dell'interpretazione costituzionale sul precedente, qualunque siano le conseguenze concrete di tale approccio, sono sostenute e dunque a prescindere da considerazioni prudenziali e pragmatiche da R.E. BARNETT, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not As Radical As It Sounds*, in *Constitutional Commentary*, 22, 2005, 257, in partic. 258–59 e prima ancora da G. LAWSON, *The Constitutional Case Against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, 1994, 30.

¹⁵ V. ancora J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 128.

¹⁶ Al contrario, *Justice* Scalia è stato per esempio molto sensibile al tema del precedente, benché si contino casi in cui egli ha difeso *overruling* motivati da una preferenza per l'interpretazione originalista. Sul punto v. G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016, 1191 ss.

zionale e della tradizione giuridica. Il problema, insomma, risiede nell'eccessiva libertà lasciata al giudice di prescindere dalla Costituzione richiamando una decisione passata. Solo da questo punto di vista, il precedente è un elemento che segnala un allontanamento dal testo costituzionale e, pertanto, un aggiramento della normatività della Costituzione scritta¹⁷.

Queste posizioni dottrinali hanno trovato un primo riscontro nella sentenza *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees*¹⁸. Nella pronuncia, la maggioranza conservatrice elenca gli elementi che possono giustificare un *overruling*. Si tratta di cinque fattori: 1) la qualità del *reasoning*; 2) la praticabilità dell'applicazione (*workability*) del principio o della regola di diritto in esso contenuti alle circostanze del caso di specie; 3) la congruenza sistematica del precedente; 4) gli sviluppi delle circostanze di fatto a partire dal momento in cui il precedente è stato deciso; 5) l'affidamento delle parti private, dei poteri pubblici, delle corti e della società nel suo complesso nel principio di diritto contenuto nella decisione passata.

I cinque elementi menzionati corrispondono, in buona parte, alla lettura convenzionale della vincolatività del precedente costituzionale. Cionondimeno, il primo e il terzo dei fattori (la qualità del *reasoning* e la congruenza sistematica) meritano una particolare attenzione dal momento che consentono alla Corte di giustificare l'*overruling* del precedente non originalista. Infatti, la contestazione di tali decisioni insiste sempre sulla bontà del ragionamento giuridico ivi incorporato e sulla coerenza tra quest'ultimo e la costituzione scritta.

La sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁹, con la quale la Corte Suprema ha dichiarato l'inesistenza di un diritto all'aborto, rigettando sia *Roe v. Wade*²⁰ che *Planned Parenthood v. Casey*²¹, si iscrive in questo contesto teorico e costituisce la manifestazione più evidente dell'ultima trasformazione dell'orientamento originalista.

3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson*

Nell'opinione di maggioranza della decisione *Dobbs*, Justice Alito scrive che il precedente *Roe v. Wade* è "egregiously wrong"²². Il giudice articola le ragioni della valutazione, condivisa dal blocco conservatore, attraverso un'analisi delle fonti della disciplina della pratica abortiva che percorre un arco temporale compreso tra le origini dell'esperienza costituzionale americana e i *Reconstruction Amendments* degli anni 1865-1870²³. Il caso *Dobbs* verteva, infatti, proprio sull'interpretazione del

¹⁷ Sul punto v. per esempio il *dissent* di Justice Scalia nella sentenza *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 825 (1989), il quale sosteneva: «I agree with Justice Douglas: 'A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembered above all else that it is the Constitution which we swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it'. Douglas, *Stare decisis*, 49 Colum. L. Rev. 735, 736 (1949)».

¹⁸ 38 S. Ct. 2448 (2018), *slip op.*, 34-35.

¹⁹ *Supra* nt. 4.

²⁰ *Supra* nt. 5.

²¹ 505 U.S. 833 (1992).

²² *Dobbs v. Jackson*, *slip op.*, 5.

²³ Il riferimento è in particolare agli emendamenti XIII, XIV e XV, adottati al termine della guerra civile per sancire la vittoria politica degli Stati del Nord. Le clausole costituzionali in questione, infatti, contengono il divieto di schiavitù (XIII); la *equal protection of the law* e la *privileges and immunity clause* a beneficio di tutti i cittadini

XIV Emendamento, offerta dalla sentenza *Roe*, secondo la quale la norma in questione tutela il diritto delle donne all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive.

Se osservata dal punto di vista metodologico, la pronuncia *Dobbs* chiarisce che, almeno nell'opinione di una parte del collegio, la risposta alla domanda se esista o meno un diritto all'aborto debba essere ricercata interrogando la *legislation* e i *legal materials* a partire dalla *English common law* fino al periodo di adozione degli emendamenti della Ricostruzione. Questo metodo disegna il perimetro entro il quale è corretto ricavare un diritto fondamentale.

Ad avviso del giudice conservatore, la decisione *Roe* è viziata in quanto prescinde da un'analisi diacronica della cultura e della tradizione giuridica americana. La ricostruzione offerta da Alito muove dalla tesi per la quale si può ragionare di un *fundamental right* solo quando la pretesa è radicata nella tradizione e coerente con lo *scheme of ordered liberty* sul quale si fonda l'ordinamento. Per il giudice, la ricostruzione storica deve però essere temporalmente circoscritta in modo da offrire una fotografia della tradizione americana attorno all'epoca di adozione del XIV Emendamento. L'analisi presuppone, dunque, un'opzione per l'*original understanding* posto che, all'evidenza, il periodo storico intercorso tra i *Reconstruction Amendments* e la sentenza *Roe* non è oggetto di analisi. Sebbene l'impronta originalista della decisione sia evidente nella logica sottostante al ragionamento della maggioranza, l'originalismo non è mai espressamente menzionato come metodo di interpretazione costituzionale²⁴. Quest'ultimo è sostituito sostanzialmente da un'esegesi delle fonti che finisce per identificare il contenuto dell'emendamento sulla base della cultura e della tradizione giuridica della *Reconstruction Era*.

Da questa dettagliata analisi diacronica, documentata dalla lunga appendice al testo della pronuncia²⁵, il giudice redattore deriva che il XIV Emendamento non può essere interpretato nel senso di includere un diritto all'aborto come espressione della libertà delle scelte riproduttive. La ragione è che tale posizione giuridica non era affatto generalmente riconosciuta all'epoca della ratifica degli emendamenti successivi alla guerra di secessione. La ricostruzione è poi confermata da un'interrogazione dei materiali giuridici della *common law* dalla quale il giudice ricava la conferma della natura non fondamentale della pretesa al riconoscimento di un diritto all'aborto.

Nel ragionamento di Alito, la sentenza *Roe* è un precedente *wrongly decided* poiché non accoglie il metodo storico-ricostruttivo che identifica i diritti fondamentali con le pretese radicate nella tradizione americana. In questo senso, ogni preoccupazione rispetto all'opportunità di un'*overruling* deve essere superata poiché il compito della Corte è proprio quello di espungere il precedente errato dall'ordinamento.

americani (XIV) e il divieto di discriminazione razziale rispetto all'esercizio del diritto di voto (XV). Sul punto v. D.A. RICHARDS, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, N.J., 1993. Sul significato culturale degli emendamenti della ricostruzione v. J.M. DELOMBARD, *The Novel and the Reconstruction Amendments*, in P. WALD, M.A. ELLIOTT (eds), *The Oxford History of the Novel in English*, Vol. 6, 1879-1940, Oxford, 2014, 69 ss.

²⁴ R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, (forthcoming 2023), disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179622.

²⁵ *Dobbs v. Jackson*, slip op, 79-108.

Sul piano logico, la Corte afferma che la ragione per la quale la decisione *Roe* deve essere rigettata risiede nella circostanza per cui il ragionamento di quella pronuncia è smentito da una ricostruzione storica che, comunque, cristallizza il significato del XIV Emendamento all'epoca della adozione. Questa contestualizzazione della norma costituzionale è sufficiente alla Corte per concludere nel senso del rigetto del precedente poiché, avverte Alito, lo *stare decisis* non è un imperativo assoluto ("inexorable command")²⁶. Di più, ad avviso del giudice redattore la debole vincolatività del precedente deve essere riconosciuta soprattutto nella materia costituzionale dove l'abilità della Corte di procedere ad *overruling* ha segnato importanti tappe per una migliore comprensione del testo. Per dimostrare la sua tesi, Alito cita strategicamente due noti *overruling* operati dalla Corte guidata da maggioranze liberal: *West Coast Hotel v. Parrish*²⁷ e *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁸. Con la prima decisione, una Corte Suprema a lungo recalcitrante in materia di legislazione sociale abbraccia la sensibilità politica del *New Deal* e rigetta *Lochner v. City of New York*, il precedente che aveva letto gli emendamenti V e XIV nel senso di riconoscere una *freedom of contract* che rendeva incostituzionale la legislazione sociale di limitazione della durata massima del lavoro settimanale per alcune categorie produttive²⁹. Con la seconda, la Corte guidata dal giudice liberal Earl Warren aveva finalmente rigettato la tesi della separazione delle razze, adottata dallo storico precedente *Plessy v. Ferguson*³⁰, così attivando il lento processo di desegregazione.

La maggioranza non è però compatta su questo profilo argomentativo. Il *Chief Justice* Roberts scrive separatamente, pur concorrendo nel risultato della decisione, per difendere lo *stare decisis*. Ad avviso di Roberts, la Corte poteva raggiungere la stessa conclusione senza rigettare lo storico precedente³¹. A non convincere è, in particolare, il parallelismo che Alito ha tracciato tra l'*overruling* di *Roe* e il rigetto di *Plessy* e *Lochner*³². Il *Chief Justice* evidenzia come si tratti di decisioni intervenute in circostanze molto diverse. Mentre *Dobbs* sottrae un diritto alle cittadine americane, riconosciuto da circa quaranta anni, *Brown* riflette un momento di consapevolezza della società statunitense e *West Coast* rispecchia le profonde trasformazioni politico-sociali dell'epoca del *New Deal*³³.

Equiparando l'*overruling* in contesti giudico-politici di estensione dei diritti alle fasce più deboli della popolazione all'operazione concettuale con la quale si annulla una decisione passata per, invece, escludere il riconoscimento di un diritto, *Justice* Alito manifesta alcune contraddizioni del ragionamento. La fondatezza degli storici *overruling* che cita, infatti, risiede nella circostanza per cui le sentenze che li hanno prodotti sono state accolte dalla comunità politica come conquiste di libertà, sedimentando una certa cultura giuridico-politica. In altri termini, si tratta pur sempre di precedenti non-originalisti nel metodo che, cionondimeno, hanno conquistato un posto nella storia del diritto costituzionale americano. Alito però soprassedie su questo aspetto e, nella medesima *opinion*, cele-

²⁶ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 37.

²⁷ 300 U.S. 379 (1937).

²⁸ 347 U.S. 483 (1954).

²⁹ 198 U.S. 45 (1905).

³⁰ 163 U.S. 537 (1896).

³¹ *Dobbs v. Jackson*, Roberts, C.J., concurring in the judgment, 1-2.

³² *Ibidem*, 11.

³³ *Ibidem*.

bra tanto la metodologia storico-ricostruttiva quanto il successo di precedenti che quell'approccio metodologico hanno smentito apertamente.

4. L'originalismo e il corpo delle donne

Il ragionamento della maggioranza nella decisione *Dobbs* radica il riconoscimento dei diritti nel momento storico di adozione degli emendamenti costituzionali. L'opzione metodologica è giustificata, sul piano teorico, con la necessità di tutelare il testo scritto che si assume marginalizzato dalla crescita esponenziale del diritto costituzionale per via giurisprudenziale. La prospettiva originalista è quella di preservare la Costituzione intesa come documento giuridico che delinea un modello di società la cui tutela è compito della Corte Suprema assicurare. Ciò non implica che gli Stati siano limitati nel loro potere di ampliare la tutela dei diritti ben oltre quanto previsto dalla Costituzione federale. Piuttosto, il ragionamento originalista punta a rinviare alla sede politica – e dunque alla volontà del popolo interpretata dai suoi rappresentanti – il riconoscimento di tutte le posizioni giuridiche non previste dalla Costituzione originaria. *Dobbs* rappresenta un esempio paradigmatico di questo approccio. Infatti, Alito scrive espressamente che le donne possono ambire al riconoscimento del diritto all'aborto attraverso l'esercizio delle loro libertà politiche, dal momento che possiedono tutti gli strumenti per agire politicamente e ottenere l'affermazione delle loro pretese³⁴.

L'appello al momento politico e al corpo elettorale è, tuttavia, carico di ambiguità per almeno due ragioni che è opportuno esplorare separatamente. In primo luogo, questo ragionamento nega apoditticamente un elemento della realtà fattuale ossia l'assenza della voce femminile nella fase costituente americana e in ogni momento politicamente significativo dall'adozione della Costituzione ai *Reconstruction Amendments*. La tesi della conservazione del significato originale del testo determina la cristallizzazione di un modello sociale che ha a lungo marginalizzato le donne attraverso la negazione della pienezza dei diritti di cittadinanza. In questo senso, l'originalismo perpetua un ordine di valori sul quale è stato costruito un consenso limitato ai soggetti politici legittimati a esprimersi all'epoca dell'adozione del testo costituzionale. Diversamente detto, il concetto di *original understanding* ignora che l'atto di volontà politica incorporato nella Costituzione non riflette necessariamente le istanze di coloro che non erano riconosciuti come soggetti politici nella fase costituente³⁵.

In secondo luogo, con l'argomento difeso nella pronuncia *Dobbs* la Corte intende rinunciare a esercitare una funzione contromaggioritaria ovvero a rispondere alle esigenze di protezione non accolte dal processo democratico. L'approccio contromaggioritario, infatti, muove dalla constatazione dell'esistenza di *claims* che non raggiungono il circuito politico per ragioni che hanno a che fare con il

³⁴ *Dobbs v. Jackson*, slip op., 65. In particolare, Justice Alito scrive: «Women are not without electoral or political power. It is noteworthy that the percentage of women who register to vote and cast ballots is consistently higher than the percentage of men who do so». Sul punto v. 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*, v. 53, n. 3, 2022, disponibile all'indirizzo internet <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>.

³⁵ Sul punto v. anche R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, cit., 15.

limitato accesso alla rappresentanza del gruppo che avanza le richieste di tutela³⁶. La maggioranza in *Dobbs* si smarca dal problema negando che il diritto all'aborto necessiti di tutela giudiziale come istanza di protezione proveniente da una parte della popolazione femminile e non catturata dal circuito democratico. Al contrario, secondo il giudice Alito le donne hanno sufficiente peso politico – rappresentando, nella sua ricostruzione, una quota di elettori registrati più alta rispetto a quella degli uomini – per poter agevolmente ottenere il riconoscimento legislativo della pretesa di cui sono portatrici.

Il ragionamento di *Justice* Alito suggerisce che alle donne sia richiesto di superare due ostacoli giuridici e fattuali. Il primo è rappresentato dalla necessità di confrontarsi con il modello sociale della Costituzione originaria nella consapevolezza che l'esistenza femminile era lì immaginata come periferica e soggetta a condizionamenti di fatto che il diritto, specie costituzionale, non aveva l'ambizione di risolvere. Il secondo è invece costituito da quegli elementi di realtà, provati da dati ampiamente noti e discussi nel dibattito pubblico americano, che documentano le circostanze di marginalizzazione esistenziale, politica ed economica delle donne³⁷. Il riferimento è, in particolare, alla frequenza di episodi di violenza, anche domestica, alla ridotta (benché crescente) presenza femminile nei circuiti politici, alla scarsa partecipazione delle donne alla creazione di ricchezza e, per contro, alla sovra-rappresentazione delle donne nel mercato del lavoro sommerso o in alcune industrie illecite, come quella delle prestazioni sessuali. La distanza tra la ricostruzione della maggioranza e la realtà fattuale è stata giustificata dallo stesso giudice Alito. A chiusura dell'*opinion* si legge, infatti, che la Corte è tenuta a interpretare e applicare il dato giuridico e non a subire l'influenza delle circostanze di fatto o delle aspettative della società civile³⁸. Questa rigida separazione tra fatto e il diritto tradisce le simpatie formaliste dell'*originalism*, avanzate spesso dallo stesso giudice Scalia nelle fasi storiche in cui ha cercato di difendere il merito scientifico di questa dottrina dell'interpretazione³⁹.

Se osservato da questo punto di vista, l'*originalismo* propugna una visione del diritto costituzionale che marginalizza il contributo che le porzioni della società storicamente escluse dal riconoscimento dei diritti possono offrire all'attualizzazione del significato della Costituzione. In questo senso, *Dobbs* rigetta le letture della pratica abortiva che piuttosto che insistere sulla negazione della maternità, pongono in luce come la scelta di non proseguire la gravidanza rifletta spesso decisioni di vita scaturite da circostanze di fatto complesse e legate alla particolare realtà sociale, magari di svantaggio economico, in cui versa ciascuna donna. Di più, questa versione dell'*originalismo* nega il significato politico delle leggi restrittive che la sentenza *Dobbs* consente agli Stati di adottare. Imponendo la prosecuzione di gravidanze non volute, infatti, quelle leggi impediscono alle donne di pensare il corpo come proprio e di costruire un'esistenza libera da condizionamenti che molto hanno a che fare con un'impostazione tradizionale che concepisce lo spazio pubblico (e politico) come luogo maschile e lo spazio privato come posto di elezione delle donne. Questa separazione riflette poi una divisione dei

³⁶ V.B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 73, 1998, 333.

³⁷ V. i dati elaborati dall'Institute for Women's Policy Research, disponibili all'indirizzo internet <https://statusofwomendata.org/about/>.

³⁸ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 69.

³⁹ C.R. SUNSTEIN, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, in *Yale Law Journal*, 107, 1997, 529.

ruoli che esclude le donne dagli spazi di decisione politica e dalle *chance* di partecipazione economica.

5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

Nella *dissenting opinion*, i giudici *liberal* Breyer, Kagan e Sotomayor hanno insistito sulla difesa dello *stare decisis*, chiarendo che il rigetto di un precedente necessita di almeno due valutazioni: a) un eventuale mutamento legislativo e b) il cambiamento delle circostanze di fatto nell'ambito delle quali è maturata la decisione. A questi due elementi si può eventualmente aggiungere l'apprezzamento dell'"età" del precedente, nel senso che l'autorevolezza della decisione passata aumenta con il tempo trascorso da quando è stata resa. Su questa base, l'*overruling* della decisione *Roe* è un errore di applicazione degli *standards* generalmente adottati per stabilire il rigetto di un precedente proprio in ragione dell'affidamento che milioni di donne hanno maturato nei confronti della regola di diritto ivi contenuta.

La difesa della dottrina dello *stare decisis* convive, nella *dissenting opinion*, con una timida critica all'analisi storica condotta dalla maggioranza. Per i giudici *liberal*, il vizio originario di quell'indagine è metodologico e consiste nel circoscrivere l'osservazione della realtà giuridica a un'epoca in cui le donne non avevano un peso politico reale. Si tratta pertanto di un'analisi che necessariamente penalizza gli interessi del gruppo sociale le cui istanze non erano né tenute in considerazione né rappresentate nel periodo storico oggetto di osservazione.

Questo giudizio sul metodo dell'analisi storica non revoca comunque in dubbio l'appropriatezza di un ragionamento che ricostruisce la fondatezza di una pretesa di protezione costituzionale alla luce del suo radicamento nel tessuto culturale e, dunque, della sua attitudine a esprimere la tradizione americana. Si tratta, invero, di un approccio condiviso anche da giudici non originalisti e che, anzi, rappresenta il metodo privilegiato per decidere della natura fondamentale o meno di un diritto costituzionale. La pronuncia *Obergefell v. Hodges*⁴⁰ ha impiegato questo approccio per sostenere l'esistenza di un *fundamental right to marry* che non tollerava discriminazioni⁴¹. A rendere problematico questo metodo di ricostruzione della natura fondamentale di un diritto nel caso *Dobbs* è il suo essere coerente con le posizioni espresse dall'originalismo inteso in senso ideologico, cioè come dottrina che predica il ritorno al modello della Costituzione liberale ottocentesca.

Osservata da questo angolo prospettico, l'adesione all'originalismo come dottrina privilegiata dell'interpretazione costituzionale da parte della quasi totalità dei giudici supremi – comprese la giudice *liberal* Kagan e la neonominata Brown Jackson⁴² – rappresenta una negazione del femminismo

⁴⁰ 576 U.S. 644 (2015).

⁴¹ D.H.J. HERMANN, *Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges*, in *Indiana Law Journal*, 49, 2016, 367.

⁴² V. per esempio le affermazioni favorevoli all'impiego dell'*original understanding* delle giudici liberal Elena Kagan e Ketanji Brown Jackson: rispettivamente *The Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary*, United States Senate One Hundred Eleventh Congress, Second Session June 28–30 and July 1, 2010, Serial No. J–111–98, 62, disponibile all'indirizzo <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg67622/pdf/CHRG-111shrg67622.pdf> e *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7,

politico di Justice Ginsburg, scomparsa nel 2020. Con l'espressione "femminismo politico" si intende qui indicare la visione della giudice secondo la quale la parità di genere poteva essere realizzata solo attraverso la garanzia eguale di *chances* di vita e di realizzazione, non sacrificate dalla stereotipizzazione dei generi⁴³. La parità e l'eguaglianza, infatti, erano per lei funzionali alla progressiva tutela dell'effettività dei diritti e delle libertà costituzionali riconosciuti dall'ordinamento alle donne, come agli uomini.

Interrogata sulla sua visione dell'esperienza dell'oppressione femminile, la giudice ha descritto in primo luogo le gabbie di vetro, talvolta costruite con intenti presuntivamente protettivi, che imprigionavano di fatto l'espressione dell'intelletto e della personalità femminile⁴⁴. Così, per Ginsburg «for a half century ... it remained the prevailing doctrine that government, both federal and state, could withhold from women opportunities accorded to men so long as any 'basis in reason' could be conceived for the discrimination»⁴⁵. La giudice faceva riferimento a una cultura e a un'impostazione dogmatica prevalente, senza però necessariamente connetterla all'esistenza di strutture istituzionali o di pensiero intenzionalmente oppressive. Per questa ragione, ella credeva che l'eguaglianza si potesse costruire a partire dall'eliminazione sistematica del pregiudizio nei confronti delle donne. La giudice era consapevole che talvolta la legge incorporava pregiudizi di genere, pur senza essere il frutto di strategie oppressive, ma più semplicemente di atteggiamenti culturali risalenti. Per esempio, nella sentenza *Sessions v. Morales Santana*,⁴⁶ Ginsburg denunciava, in un caso concernente la trasmissione della cittadinanza, l'esistenza di una certa narrativa di genere, sottesa a talune disposizioni legislative che prevedevano condizioni più vantaggiose per il trasferimento della cittadinanza al figlio straniero per la madre non sposata. La giudice coglie che la previsione legislativa poggiava sul pre-

disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>. Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, 709.

⁴³ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il femminismo politico di Ruth Bader Ginsburg: riflessioni a partire dalla sentenza Little Sisters Of The Poor V. Pennsylvania*, in I. SPIGNO, T. GROPPI, *Ruth Bader Ginsburg*, Bologna, in corso di stampa.

⁴⁴ Come riferisce nell'intervista J. TOOBIN, *Heavyweight. How Ruth Bader Ginsburg has moved the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 3 novembre 2011, disponibile all'indirizzo www.newyorker.com/magazine/2013/03/11/heavyweight-ruth-bader-ginsburg; v. anche Id., *The Nine*, New York, 2007, 82-83.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ 132 S.Ct. 1678 (2017). Il caso riguardava l'acquisizione della cittadinanza per nascita. Il ricorrente è un cittadino straniero, condannato per una serie di reati e destinatario di un provvedimento di espulsione. Egli appella il decreto di *removal* e dichiara di essere in realtà cittadino americano *by birth*, pur essendo nato nella Repubblica Dominicana. Il padre, infatti, era cittadino degli Stati Uniti, benché residente all'estero al momento della nascita. Tuttavia, l'*Immigration and Nationality Act*, nella versione in vigore al momento dei fatti, sottoponeva la trasmissione della cittadinanza al figlio, quando uno dei genitori è cittadino straniero e la nascita avviene in territorio estero, a talune condizioni. In particolare, il genitore cittadino americano doveva dimostrare di aver risieduto negli Stati Uniti per almeno dieci anni, cinque dei quali nel periodo successivo al compimento del quattordicesimo anno di età. La legge prevedeva una sola eccezione per le madri non sposate, la cui cittadinanza poteva essere trasmessa al figlio nato all'estero alla condizione, assai meno restrittiva di aver vissuto almeno un anno negli Stati Uniti in un qualunque periodo di vita precedente alla nascita del figlio. Justice Ginsburg rintraccia, in questa differenza di trattamento una violazione del V Emendamento per discriminazione sulla base del sesso.

supposto di fatto per cui la responsabilità di cura è generalmente affidata alle donne. Da questa consapevolezza nasce la necessità che l'interprete sia informato dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per dischiudere ricostruzioni che possono apparire lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali (in particolare quello dell'uguaglianza)⁴⁷ e allo sviluppo del *case law*. Diversamente detto, l'interprete può e deve affrancare la legge dagli stereotipi di genere, senza dover esser tacciato per questo di occupare il terreno del legislatore.

In ragione di questa sensibilità femminista, lo stile argomentativo di Ginsburg era caratterizzato dall'analisi di dati numerici e circostanze fattuali di vita delle donne, specialmente se lavoratrici e a basso reddito. Piuttosto che indagare le costruzioni concettuali che presidiano certe scelte legislative o certe posizioni intellettuali, per esempio quelle anti abortiste, Justice Ginsburg decideva di seguire una strada diversa: la descrizione e la comprensione della posizione delle donne, con l'obiettivo di migliorarne la condizione nell'ordinamento giuridico e, di riflesso, nella società e nella comunità politica. Il metodo della giudice era femminista nella misura in cui mirava all'esposizione dei dati di realtà e, quindi, alla costruzione di un argomento che fosse ancorato al fatto e non schiavo di posizioni ideologiche o di ricostruzioni storiche avulse dalla realtà contemporanea. La dimensione politica del suo femminismo era, invece, visibile nel concepire autonomia ed eguaglianza delle donne come termini coestensivi: l'una attira a sé l'altra e senza la prima, la seconda non può essere realizzata. In questa precisa prospettiva, l'autonomia delle donne, nel senso dell'indipendenza ottenuta attraverso l'emancipazione dal controllo del maschile, era sempre politica perché serviva a guadagnare un posto nella società civile, al di fuori delle mura domestiche.

Per questa ragione, la giudice difendeva il diritto all'aborto come scelta di autodeterminazione riproduttiva, sul presupposto che una gravidanza non voluta imponesse – almeno in certe circostanze – scelte che avrebbero condizionato l'intera esistenza delle donne interessate.

Nell'opinione dissenziente della decisione *Dobbs* – forse complice l'assenza della neogiudice Brown Jackson, non ancora in carica – non vi è traccia di questo approccio se non in alcune affermazioni che sembrano però insistere più sul tema dell'affidamento che il precedente *Roe* aveva generato, che sulla natura dell'interesse protetto dal diritto alla libertà delle scelte riproduttive⁴⁸. Se fosse stata presente, la giudice Ginsburg avrebbe probabilmente ancora una volta posto l'accento sulla circostanza per cui il diritto all'aborto non solleva soltanto un interrogativo di libertà, ma anche uno di eguaglianza. In altre parole, questo diritto non corrisponde soltanto al riconoscimento di uno spazio di libertà della donna, ma anche a uno strumento per garantire – specialmente nelle situazioni di svantaggio economico – chance di vita e realizzazione attraverso la posticipazione nel tempo o l'esclusione dell'esperienza della maternità.

⁴⁷ Sull'appartenenza del principio della *gender equality* alla *Constitution* v. il confronto tra i giudici Scalia e Ginsburg riportato in *Justices Scalia and Ginsburg on the First Amendment and Freedom*, in *C-SPAN* (17 aprile 2014), <https://www.c-span.org/video/?318884-1/conversation-justices-scalia-ginsburg-2014>.

⁴⁸ *Dobbs v. Jackson*, cit., slip op., 148 (Breyer, J., Kagan, J., Sotomayor, J., dissenting opinion): «For half a century, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), and *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), have protected the liberty and equality of women. *Roe* held, and *Casey* reaffirmed, that the Constitution safeguards a woman's right to decide for herself whether to bear a child».

Se si osserva la difesa delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne appare chiaro come l'originalismo metta in discussione la concezione dell'eguaglianza come percorso progressivo di estensione delle *chances* di emancipazione sociale che la giudice propugnava⁴⁹. Persino Ginsburg riconosceva il successo dell'originalismo; chiariva però che la dottrina era condivisibile solo se intesa come richiamo all'ispirazione fondamentale del costituzionalismo americano, cioè alla centralità delle idee di libertà e di eguaglianza. Questa diade si realizzava nel progressivo allargamento della base sociale e nella difesa degli spazi di libertà privata del singolo. Per la giudice, questa graduale storia di liberazione ed emancipazione avrebbe dovuto riguardare anche le donne, le quali dovevano essere poste nella condizione di costruire un progetto di vita a prescindere dalle aspettative sociali imposte e dai ruoli che, anche inconsapevolmente, il diritto aveva contribuito a cucire loro addosso. Per dimostrare le sue tesi, la giudice citava dati empirici, statistiche, circostanze di fatto. Di questo approccio attento a richiamare la realtà dell'oggi a fronte della tutela degli equilibri costituzionali e delle strutture di pensiero dell'epoca dei Padri Fondatori vi è scarsa traccia in *Dobbs*. In questa sentenza manca, dunque, una voce non originalista sulla condizione femminile.

Il cedimento al *mainstream* originalista non implica, come si è tentato di dimostrare, che i *liberal* abbiano rinunciato alla difesa dello *stare decisis* e, per questa via, a tutelare talune delle conquiste in tema di diritti civili. Questa resa però è carica di implicazioni per il riconoscimento dei diritti delle donne e, soprattutto, per le battaglie di emancipazione che hanno caratterizzato la giurisprudenza americana tra gli anni Settanta e Novanta.

⁴⁹ V. per esempio R. BADER GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, 67, 1992, 1185. Per Ginsburg il femminismo non deve necessariamente tradursi in una critica distruttiva delle istituzioni e degli istituti giuridici, la rappresentanza, la famiglia e così via. Piuttosto, il femminismo deve porsi innanzitutto il problema di essere politico ossia di determinare conseguenze nell'elaborazione e nell'applicazione del diritto esistente nelle comunità politiche. E, infatti, in non poche occasioni Justice Ginsburg evidenzia la necessità di interpretare la legge in chiave di sradicamento delle costruzioni pregiudiziali che assegnano necessariamente un certo posto alle donne (e agli uomini, per conseguenza) in virtù della mera appartenenza di genere. Un esempio è l'*opinion* nella decisione *Sessions v. Morales Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017). Il percorso argomentativo della giudice riproduce alcuni dei *topoi* del pensiero liberal: l'esistenza di una certa narrativa di genere sottesa a talune disposizioni legislative risalenti nel tempo, la necessità che l'interprete sia consapevole dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per eventualmente dischiudere ricostruzioni lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali e allo sviluppo del *case law*.