

Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico *

ELENA FALLETTI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 19–1392, decided June 24, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

Abstract (EN): This article aims to analyze the legal-historical arguments of the US Supreme Court's decision *Dobbs v. Jackson*, which disincorporated abortion rights from federal constitutional protection.

Abstract (IT): Questo articolo si focalizza sulle argomentazioni storico-giuridiche della sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson*, la quale ha sottratto l'aborto dalla protezione costituzionale federale.

Keywords: aborto, autodeterminazione, originalismo

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Incorporation v. Originalism*: le profonde radici della dicotomia. – 3. La visione di retroguardia della *majority opinion*. – 4. Le *concurring opinions* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts. – 5. L'opposizione dei Justice dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor. – 6. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 2 novembre 2022

Suggerimento di citazione

E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Ricercatrice di Diritto privato comparato nell'Università "Carlo Cattaneo" – LIUC, Castellanza. Indirizzo mail: efalletti@liuc.it.

1. Introduzione

La sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹ sta provocando un acceso dibattito in tema di aborto in considerazione dell'*overruling* del precedenti *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), che hanno garantito la protezione costituzionale federale degli “*abortion rights*”, riconoscendo la tutela della privacy quale espressione della libertà autodeterminativa. Invece, *Dobbs* pone radicalmente in discussione il ruolo della privacy, dell'autodeterminazione e della libertà personale della gestante che intenda accedere ad un aborto, affermando che i suddetti diritti non trovano fondamento nel testo costituzionale, né nel *XIV Amendment*, né nella tradizione interpretativa precedente al 1973², cioè l'anno in cui *Roe v. Wade* venne pubblicata.

In realtà, *Dobbs v. Jackson* rappresenta una cartina di tornasole che misura la spaccatura della società americana e dimostra come il dibattito giuridico americano non sia stato in grado di superare le divisioni ereditate dal passato. Anzi, esso si sta radicalizzando su posizioni che negano la complessità e la contemporaneità. Ad esempio, *Dobbs* non prende affatto in considerazione l'avanzamento tecnico scientifico nell'ambito della riproduzione umana, mentre non riesce a liberarsi del retaggio classista e discriminatorio che caratterizzava i tempi in cui i *Framers* scrivevano la Costituzione e il *Bill of Rights*. A questo proposito, il riferimento a giuristi³ assai risalenti nel tempo⁴ né è la prova, quando la tecnologia propone strumenti tecnologicamente avanzati (incubatrici in grado di salvare i neonati fortemente prematuri⁵ o gli studi sull'utero artificiale dei mammiferi⁶) che

¹ 597 U.S. ____ (2022), disponibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

²A. SPERTI, «*Dobbs*» e il controverso *overruling* di «*Roe v. Wade*» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, pp. 450 ss.

³Come Henry de Bracton, autore di *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, scritto nel 1268, Sir Edward Coke, autore di *Institutes of the Laws of England* del 1644, Sir Matthew Hale, autore di *History of the Pleas of the Crown* del 1736, e William Blackstone, autore di *Commentaries on the Laws of England*, dei quali il Justice Alito cita la settima edizione del 1765.

⁴A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, p. 438.

⁵R.M. MCADAMS, *Predicting clinical outcomes using artificial intelligence and machine learning in neonatal intensive care units: a systematic review*, in *Journal of Perinatology*, 2022, pp. 1-15.

⁶In via esemplificativa, C. HORN, *Abortion Rights after Artificial Wombs: Why Decriminalisation is Needed Ahead of Ectogenesis* in *Medical Law Review*, 2021 Aug

confermerebbero la retroguardia delle argomentazioni contenute nella *majority opinion*. In essa spicca chiaramente la profonda divisione tra la maggioranza ultraconservatrice e la minoranza *liberal*.

Questo contributo si focalizza sull'analisi critica sotto il profilo storico dei quattro orientamenti formati all'interno della Corte Suprema. L'opinione della maggioranza della Corte Suprema è stata scritta dal *Justice* Samuel Alito e condivisa dai *Justice* Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett. Il *Chief Justice* John Roberts ha scritto una propria *concurring opinion*, la quale tenta di relativizzare le posizioni dei colleghi conservatori, criticandole tanto nel metodo quanto nel merito. Parimenti hanno fatto i *Justice* Clarence Thomas e Brett Kavanaugh, che rafforzano le loro posizioni ultra conservatrici basate sulla strumentalizzazione delle fonti storiche. Infine, i *Justice* Stephen Breyer, Elena Kagan e Sonia Sotomayor hanno depositato una *dissenting opinion* congiunta inerente una difesa dello *status quo* in via di smantellamento.

È possibile osservare come nella stesura di ciascuna opinione la personalità e il vissuto dei *Justice* firmatari abbia influenzato argomentazioni e posizioni, manifestando un approccio personalizzato che sembrerebbe essere del tutto inaccettabile nel quadro giudiziario delle corti supreme e sovranazionali negli ordinamenti giuridici europei di *civil law*⁷.

2. *Incorporation v. Originalism*: le profonde radici della dicotomia

L'aspetto di questa sentenza che maggiormente ha colpito chi scrive è l'uso manipolativo della Storia per vanificare il fondamento giuridico della teoria dell'*incorporation* in materia di accesso all'aborto.

Come è noto, il primo caso in cui la dottrina dell'*incorporation* venne applicata dalla Corte Suprema fu *Twining v. New Jersey*⁸, relativo ad un procedimento penale in cui il rifiuto di testimoniare dell'imputato era stato considerato dalla giuria come elemento di colpevolezza, nonostante le garanzie del *5th Amendment*⁹. Seppure in quel caso la Corte Suprema avesse negato l'applicabilità di siffatto

9;29(1), pp. 80-105; I.G. COHEN, *Artificial wombs and abortion rights in Hastings Center Report*, 4, 2017, pp. 47 ss.

⁷F. SCHAUER, *Civil Law, Common Law, and the Data of Jurisprudence*, in N. BERSIER, C. BEZEMEK, F. SCHAUER (eds.), *Common Law – Civil Law*, Springer, Cham, 2022, passim.

⁸ 211 U.S. 78 (1908).

⁹F. MICHELI, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2017, pp. 6 ss.; S. MORRISON, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights: The Judicial Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 2, 1949, p. 140; C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, 20 agosto 2022, disponibile all'indirizzo ssrn.com/abstract=4192758.

Amendment, venne riconosciuta la possibilità “che alcune delle libertà protette nei confronti del governo nazionale dai primi otto emendamenti siano anche protette nei confronti delle azioni degli Stati, perché un loro diniego sarebbe un diniego del *due process of law*”. Ciò per il fatto che i diritti contenuti nei primi otto emendamenti sono di una natura tale che devono essere inclusi nella *Due Process Clause*¹⁰. Questo passaggio ebbe il risultato pratico di considerare detti diritti “incorporati” nella *Due Process Clause*, rendendoli applicabili anche nei confronti degli Stati. Siffatto riconoscimento attribuì natura sostanziale alla *Due Process Clause* ed estese il dibattito su quali diritti dovessero essere incorporati in detta interpretazione sostanziale.

A questo punto si formarono due correnti di pensiero contrapposte. Da un lato vi era la teoria della “*total incorporation*”, sostenuta dal *Justice* della Corte Suprema Hugo Black, secondo cui tutti i diritti contenuti nel *Bill of Rights* dovevano essere inclusi nella *Due Process Clause*, anche se di natura sostanziale. Dall’altro lato, i fautori della “*selected incorporation*”, rappresentati dai *Justice* Cardozo e Frankfurter, affermavano che solo i principi di giustizia radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano potessero assumere siffatta valenza¹¹. Tuttavia, sullo sfondo di tale questione giuridica si presentava nuovamente il nodo irrisolto della concezione del federalismo e del potere giudiziario americani. È possibile affermare che questo è l’autentico “*battlefield*” istituzionale tra la “*selected incorporation*” (che privilegiava i principi dell’autogoverno statale mantenendo gli Stati liberi dalle interferenze del potere federale) e la “*total incorporation*” i cui fautori asserivano che le violazioni del *Bill of Rights* operate dagli Stati erano così gravi da non poter essere tollerate sulla base della formale distinzione tra potere statale e federale, facendo leva esclusivamente sulla necessità di preservare l’assetto istituzionale originale¹².

Sotto un profilo storico, i precedenti *Roe* e *Casey* appartenevano all’orientamento espresso dalla Corte suprema presieduta dal *Chief Justice* Warren, che stabilizzò l’applicazione della dottrina dell’*incorporation*, secondo cui le tutele del *Bill of Rights* venivano integrate nella *Due Process Clause*¹³. Infatti, il precedente

¹⁰F. MICHELI, *Diritti fondamentali e incorporation*, cit.

¹¹*Ibidem*.

¹²*Ibidem*.

¹³A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Diritti Comparati*, 1, 2020, p. 28; R. WILLIAMS, *The Paths to Griswold*, in *Notre Dame Law Review*, 2014, Vol. 89, Issue 5, *passim*.

Griswold v. Connecticut del 1965¹⁴ aveva una portata innovativa¹⁵ perché ampliava il concetto di privacy rispetto al “*right to be alone*” elaborato da Samuel Warren e Louis Brandeis nel loro imprescindibile articolo pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1890¹⁶, ma integrando quindi la piena tutela dell'autodeterminazione individuale¹⁷.

Ne consegue che, seppure il diritto alla privacy non fosse esplicitamente previsto dal *Bill of Rights*, esso poteva essere individuato nella “*penumbra*”¹⁸ degli *Amendment I, III, IV, e V* in cui la sfera privata e familiare trovava scudo dalle interferenze esterne¹⁹.

Similmente, il precedente *Casey* traeva linfa da un'altra decisione emanata dalla Corte Warren in merito al riconoscimento della libertà autodeterminativa²⁰, ove veniva affermato che il concetto di “*liberty*” incluso nella *Due Process Clause*, seppure non precisamente definito dalla giurisprudenza, “*is not confined to mere freedom from bodily restraint. Liberty under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue*”²¹.

Ma che cosa si intende con “*Liberty*” nel contesto della teoria originalista? A cosa aspiravano i *Founding Fathers*? Ai tempi dell'Indipendenza, il concetto di libertà, specie quella politica, era strettamente legato all'autonomia economica, al fine di escludere influenze esterne sulla persona che partecipava alla vita politica²². Tuttavia, altri affermavano che la “vera libertà significa libertà di fare ciò che è

¹⁴*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁵M.R. MARELLA, «Dobbs» e la geopolitica dei diritti, in *Il Foro Italiano*, 2022, IV, pp. 446 ss.

¹⁶S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, 1890, pp. 193-220.

¹⁷*Griswold v. Connecticut*, cit. Secondo la Corte Warren “*specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help and give them life and substance*”.

¹⁸A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

¹⁹*Ivi*, p. 29.

²⁰*Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead?*, cit.

²¹*Bolling v. Sharpe*, cit. In dottrina, A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit. In senso critico, affermando che con questa sentenza la Corte raggiunse una decisione corretta, ma seguendo una argomentazione discutibile: G. DOLIN, *Resolving the Original Sin of Bolling v. Sharpe*, in *44 Seton Hall Law Review*, 749 (2014); R. BARNETT, C. SUNSTEIN, *Constitution in Exile?*, in *Legal Affairs*, 5 maggio 2005, disponibile all'indirizzo legalla.org/webexclusive/debateclub_cie0505.msp#Wednesday.

²²E. FONER, *Storia della libertà americana*, trad. it. a cura di A. MERLINO, Donzelli, Roma, p. 24.

giusto, astenendosi dal fare ciò che è male, non [è il] diritto di fare ciò che piace”²³. Questa prospettiva contiene il richiamo all’obbedienza alla legge fino a che le leggi erano promulgate da rappresentanti eletti e non operavano in maniera arbitraria²⁴.

Permane però sullo sfondo un equivoco utilizzato dai fautori della teoria originalista a fini di manipolazione storica, e cioè che ai tempi dell’indipendenza americana e della redazione della Costituzione solo una parte minoritaria della società poteva dirsi indipendente economicamente e pertanto in grado di esercitare i diritti politici. In effetti, l’indipendenza economica era una caratteristica esclusiva della popolazione bianca, di sesso maschile e di retaggio britannico, poiché gli schiavi e le donne non erano retribuiti per il loro lavoro. Infatti, i primi erano costretti alla povertà a causa della loro estrazione negletta che li assoggettava alla condizione di *res* e non riconosceva loro autonomia giuridica. Invece, il ruolo di contribuzione alla ricchezza familiare delle donne, in qualità di mogli, madri, figlie, nuore ovvero sorelle rimaneva nell’ombra della famiglia²⁵.

Ciò posto, se le posizioni originaliste non fossero divenute così radicali, vi sarebbe potuto essere spazio per una riflessione sul significato costruttivo attribuibile a detta teoria²⁶, concentrata sulla refrattarietà agli interventi creativi della giurisprudenza, quando devono essere i corpi elettorali, attraverso i loro rappresentanti, a decidere per mezzo di un atto legislativo la disciplina normativa delle fattispecie. Alla luce di ciò diventa comprensibile, anche se non sempre condivisibile, il rifiuto degli originalisti di costruzioni interpretative c.d. “evolutive” che possono essere proposte dalle Corti, specie da quelle Supreme. In un certo senso, si potrebbe richiamare quello che fu il pensiero montesquieiano: “*les juges ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (EL, XI, 6)”.

Ciò nonostante, con *Dobbs* una Corte Suprema originalista ha messo in atto il paradosso di essere diventata a sua volta legislatore. L’analisi delle diverse *opinion* consentirà di spiegare siffatto paradosso.

²³J. BOUCHER, *On Civil Liberty, Passive Obedience, And Nonresistance*, in ID., *A View of the Causes and Consequences of the American Revolution, with an Historical Preface*, London, 1797.

²⁴E. FONER, *Storia della libertà americana*, cit., p. 17.

²⁵S. COONTZ, P. HENDERSON, *Women's Work, Men's Property: The Origins of Gender and Class*, Verso Books, London, 1986, *passim*.

²⁶Sulla teoria dell’originalismo, J.E. FLEMING, *Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution*, in *Boston University Law Review*, 2012, p. 1171; S.E. SACHS, *Originalism Without Text*, in *Yale Law Journal*, 2017, pp. 156-168.

3. La visione di retroguardia della *majority opinion*

Fin dalle prime righe la maggioranza affronta il tema della copertura costituzionale federale del diritto di abortire da una prospettiva storica, infatti sottolinea che “*for the first 185 years after the adoption of the Constitution*” (approvata il 17 settembre 1787 e ratificata il 21 giugno 1788), *each State was permitted to address this issue in accordance with the view of its citizens*”.

I giudici della maggioranza basano la forza argomentativa della loro opinione nel rovesciare *Roe v. Wade* classificandola come “*egregiously wrong*” e per spiegarne la asserita perniciosità la pongono in confronto con la “*infamous*” *Plessy v. Ferguson*, che legittimava la segregazione razziale. Invece, nell’idea dei giudici di maggioranza, *Dobbs et. al. v. Jackson Women’s Health Organization* svolge il ruolo di *Brown v. Board of Education*²⁷. Siffatta comparazione non è inusitata, dato che, attraverso detto artificio retorico sull’equiparazione tra segregazione razziale e aborto, la *majority opinion* intende fortificare le argomentazioni e le conseguenze di *Dobbs*, rendendole inconfutabili sotto il profilo morale.

Ciò nonostante, si tratta di una equiparazione da rifiutare per due ragioni principali. Da un lato, perché non è davvero accettabile equiparare *privacy* e autodeterminazione della donna alla segregazione razziale istituzionalizzata. Tuttavia, secondo una certa prospettiva, siffatta questione non si porrebbe, perché essa non concerne l’autodeterminazione materna, ma la vita potenziale da salvaguardare con la protezione assoluta dell’embrione. Dall’altro lato, perché *Dobbs* è una decisione che sottrae tutele costituzionali, effettuando una *disincorporation* di diritti, mentre *Brown v. Board of Education* rappresenta l’inizio di un percorso che ha portato all’approvazione del *Civil Rights Act 1964*.

A questo proposito si evidenziano due criticità ulteriori: in primo luogo, *Dobbs* giustificerebbe l’intervento dello Stato etico, decisore in vece dei suoi cittadini, escludendo del tutto il bilanciamento dei valori costituzionali in concorrenza, perché la protezione della vita potenziale supera qualsiasi altra valutazione. A seconda di quanto stabilito dai legislatori statali, la donna è costretta a partorire e a diventare madre, anche se è stata stuprata, vittima di incesto o addirittura a sacrificio della propria stessa vita.

Inoltre, rivestire *Dobbs* di un ruolo salvifico, come quello che ebbe *Brown v. Board of Education*, significa distorcere la realtà sostanziale, in quanto è noto che con *Brown* iniziò il percorso de-segregazionista, tuttavia, detto obiettivo non venne

²⁷*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); R. KLUGER, *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's struggle for equality*, Vintage, New York, 2011, *passim*.

mai compiutamente raggiunto a causa della cecità (“*colorblindness*”) della Costituzione stessa e del suo approccio individualistico²⁸.

Sotto questo profilo, per comprendere quanto estremo sia il ragionamento della maggioranza conservatrice nella decisione *Dobbs* occorre esaminare l’approccio storiografico che il *Justice* Alito effettua sia per quel che concerne il *Common Law* applicato nelle colonie ai tempi degli inglesi, sia il *Common Law*, prettamente “americano”, successivo all’Indipendenza. Sotto il profilo legato alla tradizione inglese, l’indagine storiografica di Alito raggiunge i tempi del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del Bracton, risalente al XIII secolo, con citazioni più “recenti” del Coke, del Blackstone e di Hale, per dimostrare che settecento anni di applicazione del *Common Law* “originale” non hanno mai dato spazio alle pratiche abortive. Allo stesso modo, l’aborto è da considerarsi un crimine per il *Common Law* americano²⁹ già dai tempi della colonizzazione, quando si considerava che la vita iniziasse nel momento in cui il movimento del feto era percepibile (c.d. “*quickening*”).

La dottrina evidenzia, condivisibilmente, la debolezza di siffatte argomentazioni storiografiche, le quali usano riferimenti medievali per soffocare la prassi costituzionale dell’*incorporation*³⁰.

Oltre che a rappresentare una “la foglia di fico (...) per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale”, ciò “è sbagliato e fuorviante³¹” e rappresenta un falso, e pertanto una nuova manipolazione di fatti storici. Infatti, parrebbe ovvio ricordarlo, la storiografia dimostra che l’aborto manifesta una presenza costante nella millenaria storia femminile, anche se vietato ovvero criminalizzato³².

Tale argomentazione ribadisce il supporto morale (ovvero moralistico?) del quadro storiografico delineato dall’opinione di maggioranza. Ulteriormente, essa è seguita da un “*Annex*” dove vengono riportate testualmente le leggi criminalizzatrici dell’aborto di ciascuno Stato federato nel momento in cui sono state promulgate: dal Missouri (1825) fino al District of Columbia (1901). Focalizzandosi sul possibile obiettivo di tale raccolta documentale, è possibile

²⁸L. GIACOMELLI, *Ripensare l’uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

²⁹A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

³⁰*Ibidem*; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit.; M.R. MARELLA, «Dobbs» e la geopolitica dei diritti, cit.; A. SPERTI, «Dobbs» e il controverso overruling di «Roe v. Wade», cit.

³¹A. BURATTI, Egregiously wrong. *Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

³²J.M. RIDDLE, *Eve’s Herbs. A History of Contraception and Abortion in the West*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, *passim*; C. FLAMIGNI, *L’aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Edizioni Pendragon, Bologna, 2011, *passim*.

ipotizzare che essa sembrerebbe costituzionalizzare il divieto di aborto e pertanto ci può chiedere se un tale intervento non sia diretto a ostacolare la possibile successiva regolamentazione (federale, governativa ovvero legislativa) in materia differente da quanto affermato nella *majority opinion*.

Nonostante ciò la critica del *Justice Alito* a *Roe* è fallace, in quanto la decisione *Roe* si inserisce perfettamente nel percorso giurisprudenziale elaborato dalla Corte Warren a metà degli Anni Sessanta in cui vennero costituzionalizzati i diritti civili per “*incorporation*”. Infatti, proprio sotto il profilo storiografico così caro alla *majority opinion*, *Roe* rappresenta lo specchio di un’epoca che, per quanto sembrerebbe ipoteticamente aver esaurito la sua spinta propulsiva, non può essere negata, insieme ai rilevanti effetti giuridici manifestati da allora ad oggi.

Il *Justice Alito* si esprime in senso critico anche sulla questione della possibile sopravvivenza del feto al di fuori del corpo materno (la c.d. “*viability*”), calcolata attraverso la frammentazione della gravidanza in trimestri. Secondo *Alito* non è ammissibile che nel primo trimestre di gravidanza alla donna venga riconosciuto il diritto federale costituzionale alla *privacy* autodeterminativa, garantendole di abortire senza dover rendere conto ad alcuno. Pertanto, tale partizione in trimestri non sarebbe ammissibile da un punto di vista giuridico proprio perché sottopone la valutazione ad un parametro medico, quale la possibile sopravvivenza del feto a seconda del trimestre gestazionale, in relazione con la volontà ovvero la salute della madre.

Secondo *Alito*, ciò non troverebbe fondamento in nessun testo normativo e dall’altro contravverrebbe al fondamentale interesse di tutela della “*potentiality of human life*”. In questo passaggio emerge il retaggio implicito dell’influenza religiosa, che non viene espressa, ma rimane legata alla locuzione “*potential life*”, così definita, per esempio, nelle encicliche papali contro l’aborto³³, ovvero il riferimento alla protezione della *personhood*, della personalità del feto, fin dal momento del suo concepimento.

Per rafforzare il suo ragionamento, *Alito* ravvisa che con la decisione *Casey* del 1992 la Corte Suprema cancella il riferimento alla partizione trimestrale delle fasi della gravidanza per giustificare l’aborto esclusivamente come una scelta di libertà della donna attraverso l’elaborazione di un “*new and obscure undue burden test*”³⁴. Esso prevedeva l’integrazione di tre regole sussidiarie: la prima riguardava la presenza di un “ostacolo sostanziale” sul percorso gestazionale della futura madre prima che il feto fosse stato in grado di superare il test di *viability*; la seconda

³³Lettera Enciclica *Evangelium Vitae* del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l’inviolabilità della vita umana, 25 marzo 1995, disponibile all’indirizzo www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

³⁴*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ___, pp. 46 ss.

concerneva se la scelta della donna ad abortire fosse stata “informata” e la terza regola sussidiaria si riferiva alla tutela della salute materna³⁵. Tali regole, seppure sussidiarie, erano ambigue e non avevano fondamento giuridico, provocando più controversie che soluzioni, e pertanto devono essere abbandonate.

Se questa è la *pars destruens* apportata dalla maggioranza nel caso *Dobbs*, qual è la *pars construens*? Secondo i *Justice* della maggioranza la soluzione appropriata riguarda la semplice restituzione nelle mani dei legislatori statali della materia abortiva (quindi non soltanto l’aborto in quanto tale, ma tutti i servizi sanitari ad esso collegati), dato che esso presenta profonde questioni morali che devono essere decise dal corpo elettorale di ciascuno Stato. Infatti, la Costituzione e il *Bill of Rights* non proibiscono ai cittadini di ciascuno Stato dal regolarlo ovvero proibirlo, mentre i precedenti giudiziari *Roe* e *Casey* si erano arrogati tale autorità.

Sembrerebbe una soluzione ragionevole, rispettosa del principio di separazione dei poteri e della prevalenza del potere politico (statale, ma non federale) sul giudiziario, essendo i giudici tenuti all’obbedienza della legge.

Al contrario, siffatta “*disincorporation*” del diritto di aborto dalla protezione costituzionale rappresenta una soluzione del tutto astratta in cui la maggioranza conservatrice ha deciso di ignorare le implicazioni per le donne che subiranno gli effetti di questa decisione. Il risultato di siffatto *overruling* è la discriminazione fondata su basi sociali ed economiche tra chi si potrà permettere di cambiare Stato o andare all’estero per ottenere un aborto e le donne che economicamente non se lo potranno permettere, cioè quelle appartenenti alle fasce più fragili della società, principalmente donne afroamericane e immigrate³⁶.

4. Le *concurring opinion* dei *Justice* Thomas, Kavanaugh e Roberts

A parte i *Justice* Gorsuch e Coney Barrett, che hanno aderito in pieno alla opinione della maggioranza, i tre *Justice* conservatori Thomas, Kavanaugh e Roberts hanno elaborato le rispettive *concurring opinion* per precisare le loro posizioni.

La *concurring opinion* del *Justice* Thomas è la più radicale nel pretendere la *disincorporation* dei diritti civili riconosciuti grazie all’interpretazione costruita dalla Corte Warren negli Anni Sessanta, sulla base dell’argomentazione che il testo letterale della Costituzione e dei suoi Emendamenti garantiscono il *due process*

³⁵*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., pp. 57 ss.

³⁶E.D. BERNICK, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 2022, in SSRN, 13 luglio 2022, disponibile all’indirizzo ssrn.com/abstract=4161063; A.B. OMORAGBON, *Reproductive Rights: Dobbs v. Jackson and Implications for the Black Maternal Health Crisis*, in *Congressional Black Caucus*, 2022, pp. 6 ss.; L.M. PALTROW, L.H. HARRIS, M.F. MARSHALL, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, pp. 1-13.

previsto dal *XIV Amendment* “solo nei casi in cui una persona sia deprivata della vita, della libertà e della proprietà”³⁷.

Inoltre, il *Justice* Thomas critica così duramente il valore sostanziale attribuito alla *Due Process Clause* del *XIV Amendment* da equiparare schiavitù e aborto e senza esitazione nel sostenere che una interpretazione di questa natura venne applicata nella nefasta decisione *Dred Scott v. Sandford*³⁸, poiché la *Due Process Clause* “does not secure any substantive right, it does not secure a right to abortion”³⁹. Sulla base di questa argomentazione, il *Justice* Thomas esplicita che l'applicazione estensiva della *Due Process Clause* a diritti in precedenza riconosciuti, come nei casi *Griswold v. Connecticut*⁴⁰ (sul diritto dei coniugi di usare contraccettivi), *Lawrence v. Texas*⁴¹ (in materia di consenso sessuale tra persone adulte) e *Obergefell v. Hodges*⁴² (relativo ai matrimoni tra le persone dello stesso sesso), dovrà essere “eliminata dalla nostra giurisprudenza alla prima occasione”, pur non essendo attualmente oggetto di causa, dato che l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* che la fonda è contraria al tenore testuale del comando costituzionale; si ribadisce infatti che la *Due Process Clause* assume un ruolo meramente procedimentale.

La rigorosa, quasi pilatesca, neutralità costituzionale, secondo cui la Costituzione non è né a favore dell'aborto, né contro, è anche il cardine della *concurring opinion* del *Justice* Kavanaugh, per il quale la Corte non rende illegale l'aborto negli Stati Uniti, ma solo tale neutralità consente di restituire l'autorità al popolo nell'indirizzare la questione dell'aborto nell'alveo dei processi di autogoverno democratico stabilito dalla Costituzione del 1788. Tuttavia, si

³⁷C. THOMAS, *concurring opinion*, p. 2.

³⁸19 How.393 (1857), avendo poi premura di ricordare che siffatto precedente venne “*overruled*” sui campi di battaglia della Guerra Civile e dalla riforma costituzionale post “*Appomattox*”.

³⁹A questo proposito, si ricorda che le donne africane schiavizzate svolgevano una funzione economica per gli schiavisti, soprattutto dopo che il Congresso aveva vietato il commercio internazionale degli schiavi nel 1808. Dopo che gli schiavisti non poterono più importare schiavi, erano decisi a crearne; così costrinsero le donne schiavizzate a riprodursi, anche con la violenza. Le donne schiavizzate ricorrevano all'aborto come mezzo di resistenza (E.D. BERNICK, *Vindicating Cassandra*, cit.; S.M.H. CAMP, *Closer to Freedom, Enslaved Women and Everyday Resistance in the Plantation South*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2005, *passim*).

⁴⁰381 U.S.479 (1965).

⁴¹539 U.S.558 (2003).

⁴²576 U.S.644 (2015).

tratterebbe della realizzazione di uno dei casi di “tirannia della maggioranza” paventati da Alexis de Tocqueville già nella prima metà dell'Ottocento⁴³.

Ciò nonostante, entrambi hanno (egregiamente?) torto nell'attribuire una funzione di neutralità alla Carta costituzionale e quindi alla Corte Suprema. Questo ruolo neutrale non è concettualmente possibile, altrimenti non sarebbe stato possibile per il *Chief Justice* Marshall attribuire alla Corte Suprema il ruolo di Corte costituzionale attraverso il *Judicial Review*, come stabilito nella notissima e fondante *Marbury v. Madison* del 1803. Sempre alla luce di una prospettiva storica, dopo più di duecento anni, il precedente *Marbury* ricorda qual è il ruolo della Corte costituzionale. Esso si realizza nella valutazione della consistenza tra la carta costituzionale (che rappresenta il patto di comune e civile convivenza tra i consociati) e le norme censurate e che queste ultime siano aderenti al dettato della costituzione vivente. A questo proposito, l'interpretazione costituzionale deve essere sufficientemente elastica e valutare in che modo e misura possano adattarsi alle situazioni oggetto di contenzioso.

Infine, merita attenzione la *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, il quale aderisce in linea di principio alla decisione della maggioranza in relazione allo specifico caso sulla legislazione dello Stato del Mississippi, ma non concorda sull'overruling di *Roe* e *Casey*, in quanto siffatte decisioni non dichiaravano un diritto all'aborto infondato dal punto di vista costituzionale, ma in realtà proteggevano la donna dalla “*unduly burdensome interference with her freedom to decide whether to terminate her pregnancy*”⁴⁴.

La Corte Suprema, quindi, avrebbe dovuto limitarsi a definire con più precisione i limiti di questa libertà della donna, dato che la legge del Mississippi limita tale diritto entro le 15 settimane del concepimento provvedendo un ampio spazio temporale da consentire l'esercizio del diritto protetto da *Roe* e *Casey*, a maggior ragione con la possibilità – “*garantita da test di gravidanza accurati e a basso costo*” – di scoprire la gravidanza entro le sei settimane di gestazione⁴⁵. La critica di politica del diritto promossa da Roberts ai suoi colleghi rasenta l'intransigenza, dato che la decisione della Corte di ribaltare i precedenti *Roe* e *Casey* rappresenta un grave scossone al sistema giuridico, indipendentemente da cosa si pensi sui summenzionati casi. Una decisione più precisa che si limitasse a rigettare la linea della *viability* sarebbe stata ugualmente necessaria, ma meno sconvolgente, dato che in questo caso la Corte è paradossalmente diventata essa stessa Legislatore, introducendo un controllo statale sulle scelte individuali private

⁴³ A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, Saunders and Otley, London, 1835, II, p. 92.

⁴⁴ J. ROBERTS, *concurring opinion*, p. 8.

⁴⁵ *Ivi*, p. 9.

e chiudendo la porta (almeno da un punto di vista formale) agli ulteriori interventi federali in materia.

5. L'opposizione dei *Justice* dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor

La *dissenting opinion* scritta dal *Justice* Breyer a cui le *Justice* Kagan e Sotomayor hanno aderito sarebbe degna di una trattazione a sé stante, ma lo spazio limitato consente solo una breve sintesi.

La *dissenting opinion* chiarisce immediatamente la dannosità dell'attribuzione alle autorità governative e statali del riconoscimento del potere di decidere sul corpo della futura madre, dato che ogni donna è un essere autonomo e ha il diritto di autodeterminarsi. Infatti, alla donna verrebbe negato ogni diritto di esprimersi su se stessa dal momento in cui viene fecondata, poiché lo Stato può forzarla di portare a termine la gravidanza a qualsiasi costo personale e familiare. Inoltre, gli Stati sono messi in grado di proibire qualunque intervento di natura abortiva, compresi quelli terapeutici, come ad esempio a seguito di un aborto spontaneo, il quale può addirittura essere oggetto di indagine penale, ponendo in grave pericolo il diritto alla salute della donna e pure ribaltando il principio di presunzione di innocenza della gestante.

Lo spazio lasciato aperto a favore degli Stati federati consente a questi ultimi di obbligare una donna a portare a termine la gravidanza susseguente a uno stupro o un incesto, anche con il proprio padre, senza riguardo alle conseguenze sulla vita della medesima, ovvero portare a termine la gravidanza di un feto con gravi malformazioni o destinato a morire. Il *Justice* Breyer obietta che, indipendentemente dalle future legislazioni statali, il risultato innegabile della decisione *Dobbs* concerne la perdita sostanziale del controllo delle donne sulle loro vite e sui loro corpi realizzata attraverso la limitazione del loro status di libere ed “*equal citizens*”.

Il *Justice* Breyer critica la *disincorporation* di *Roe* e *Casey* fondata sull'argomentazione che l'aborto non è “*deeply rooted in history*”, mentre i riferimenti al diritto medievale inglese non indeboliscono la valenza giuridica dello *stare decisis*, dato che quest'ultimo costituisce la pietra angolare della *rule of law*. Quest'ultimo riguarda il principio che un precedente può essere modificato solo con ragioni valide assenti in *Dobbs*, posto che non vi sono stati mutamenti di diritto ovvero di fatto inerenti la materia, se non per la circostanza meramente politica che è cambiata la composizione della Corte e di conseguenza il suo orientamento politico.

L'obiezione sulla negata valenza giuridica del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti è riassumibile nel fatto che la decisione *Dobbs* rimane indifferente agli interessi della donna (autodeterminazione, salute, libertà di

scelta), mentre riconosce solo quello degli Stati (o dello Stato federale) a proteggere la vita potenziale di un futuro consociato.

Sulle argomentazioni di natura storica il *Justice* Breyer pone in evidenza una contraddizione logica e giuridica nella *majority opinion*: se storicamente nel *common law* l'aborto veniva considerato reato a partire dal *quickening* (cioè dal movimento del feto), ciò significa che vi era spazio non criminalizzato per l'*early abortion*: tale criterio non è distante dalla valutazione effettuata da *Roe* e *Casey* sui medesimi⁴⁶.

Ulteriormente, occorre chiedersi quali diritti avevano in mente i promotori a al tempo della ratifica del *XIV Amendment*, approvato al termine della Guerra di Secessione. A questo proposito, la *dissenting opinion* evidenzia che a ratificare il *XIV Amendment* non era il popolo nel suo complesso (secondo il noto concetto riferito a "*We the people*"), ma uomini bianchi e di retaggio britannico. Infatti, il termine "*People*" include anche l'elemento femminile della popolazione, invece i *Founding Fathers*, in quanto uomini, non erano perfettamente sintonizzati sull'importanza dei diritti riproduttivi per la libertà delle donne o per la loro capacità di partecipare paritariamente alla vita della Nazione. Ciò significa che coloro che hanno ratificato sia il *XIV Amendment* nel 1868 sia la Costituzione nel 1788 non pensavano né intendevano considerare le donne come partecipanti a pieno titolo della comunità nazionale raccolta nella suddetta locuzione relativa a "*We the People*". In questo modo, l'opinione di maggioranza sostiene che leggere la Costituzione come l'avrebbero intesa i loro autori significa considerare le donne cittadine di seconda classe, che era proprio ciò da cui il precedente *Casey* intendeva proteggerle, cioè relegarle ad uno stato inferiore sia nella sfera pubblica sia in quella familiare, dato che la Costituzione protegge tutti gli individui, maschi o femmine, dagli abusi del potere governativo (ovvero della Corte Suprema stessa).

Infine, la *dissenting opinion* prende in considerazione le ragioni valide per ribaltare un precedente (e ovviamente mancanti in *Dobbs*), cioè: 1. un cambiamento nella dottrina che renda obsoleta la decisione precedente; 2. un cambiamento fattuale della medesima natura; 3. *an absence of reliance because the earlier decision was less than a decade old*. *Dobbs* non integra nessuno di questi parametri, anzi, *Roe* e *Casey* si inserivano nel percorso di protezione della libertà e dell'uguaglianza in conformità dei precedenti sul *XIV Amendment*.

Neppure è fondata la critica dell'*undue burden standard*, perché come qualsiasi *standard* esso deve essere applicato in modo flessibile caso per caso in una miriade di circostanze imprevedibili.

Anche la *dissenting opinion* si munisce di un'appendice, che però fa riferimento alla critica dei 28 precedenti citati dalla maggioranza.

⁴⁶S. BREYER, *Dissenting opinion*, p. 13.

6. Conclusioni

Per concludere queste sommarie riflessioni si vuol fare nuovamente riferimento al *Chief Justice* Marshall, uno dei *Framers* ancora influente sull'assetto costituzionale statunitense. Il pensiero non va al precedente *Marbury*, ma a *McCulloch v. Maryland*⁴⁷, citato proprio dal *Justice* Breyer. In tale decisione, il *Chief Justice* Marshall scrisse che i Padri fondatori sapevano di avere elaborato un documento che sarebbe durato “*for ages to come*” e che doveva essere adattato al futuro. Ciò significa che la Costituzione è scritta, ma che i *Framers* comprendevano che il mondo avrebbe subito dei cambiamenti. Quindi essi non definirono i diritti facendo riferimento alle specifiche pratiche esistenti al tempo, ma li hanno enucleati in termini generali, al fine di permettere future evoluzioni negli scopi e nei significati. E la Corte Suprema stessa accolse di volta in volta l'invito dei *Framers*, applicandoli in nuovi modi, in risposta ai nuovi bisogni e condizioni, dato che – inoltre – la tradizione costituzionale cui fa riferimento il *Justice* Alito nella sua opinione di maggioranza evolve, anche se si basa sui principi, sulla storia e sui precedenti costituzionali.

Per questo, la tradizione costituzionale non cattura un singolo momento, ma concerne i mutamenti contenuti nel lungo percorso ricostruttivo dei precedenti, applicando i *commitment* fondamentali della Costituzione alle nuove condizioni. Invece, nella decisione *Dobbs* si ricava l'impressione che trionfi la contrapposizione ideologizzata tra i “*pro-life*” e i “*pro-choice*”, a discapito della ragionevolezza necessaria per un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, estremizzando gli eccessi già presenti nello scenario statunitense.

⁴⁷ 4 Weath. 316, 415 (1819).