

La rivoluzione di *Dobbs*. Il problema dell'aborto nel dibattito costituzionale degli Stati Uniti d'America

Agostino Carrino

Alla memoria di mia figlia Mariella (1995-2023),
con amore infinito

Introduzione

La sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti in materia di aborto (*Dobbs versus Jackson Women' Health Organisation*), con la quale si è confermata la costituzionalità di una legge dello Stato del Mississippi, che vietava l'aborto dopo quindici settimane di gravidanza¹, ha suscitato una vasta ondata di reazioni negative, non solo in America², ma anche

¹ La legge statale discussa in *Dobbs, Mississippi's Gestational Age Act*, stabilisce che «tranne che in una emergenza medica o in caso di grave anomalia del feto, nessuno può intenzionalmente o consapevolmente determinare [...] o indurre l'aborto di un essere umano non nato se si è stabilito che la probabile età di gestione dell'essere umano non nato è superiore alle quindici (15) settimane». Come si vede, la premessa della legge è che *il feto è un essere umano*, quindi una persona a partire dalla quindicesima settimana di gravidanza della donna. Va osservato che per molti attivisti *pro-life* la personalità del feto si acquisisce praticamente con la fecondazione, tesi evidentemente discutibile anche per chi non considera l'aborto un 'diritto'.

² La gran parte delle riviste giuridiche americane hanno ospitato articoli di giuristi *'liberal'* contrari alla sentenza *Dobbs*, quasi tutti basati sulla difesa del principio dello *stare decisis*, che la Corte "supermajoritaria" (per riprendere il titolo di un recentissimo libro sulla Corte conservatrice: M. Waldman, *The Supermajority. How the Supreme Court Divided America*, Simon & Shuster, New York 2023) avrebbe violato annullando la sentenza *Roe v. Wade* del 1973.

Vi è anche chi si è soffermato sulle conseguenze anti-legalitarie della sentenza, in quanto alcuni Stati, in virtù della decisione della Corte, potrebbero dare attuazione a quelle che vengono chiamate le "leggi zombie" o "leggi grilletto", che le legislature potrebbero voler applicare pur essendo state approvate in vigenza della sentenza *Roe*, ed essendo quindi leggi nulle *ab initio* in quanto limitative di un diritto, quello all'aborto, che all'epoca era accettato e legale appunto in forza della sentenza *Roe*. Cfr. W.J. Aceves, *The Problem with Dobbs and the Rule of Legality*, «The Georgetown Law Journal», vol. 111, (2022), pp. 75 ss. Per la verità, non trovo molto sensato criticare una sentenza per quello che un altro soggetto potrebbe fare di fatto violando la legge sol perché si sentirebbe autorizzato a farlo, con un giudizio quindi

altrove, compresi quei paesi europei più sensibili al tema della autonomia dell'individuo singolo dove, come in Italia, la pratica dell'aborto è stata ascrivita da tempo alle conquiste intoccabili nell'ambito delle battaglie per i diritti civili. Con questa sentenza la Corte ha affermato che *Roe v. Wade*, la sentenza del 1973 che aveva legalizzato l'aborto nell'ordinamento federale americano³, aveva sbagliato nel riconoscere questa pratica come un diritto costituzionale *primario*: «Il diritto all'aborto non è radicato in profondità (*deeply*) nella storia e nella tradizione della Nazione», ha scritto il redattore della sentenza *Dobbs*, il giudice Samuel Alito. Con questa decisione gli Stati che compongono l'Unione hanno ora il potere di regolare, restringere, permettere o proibire l'aborto. In caso di legalizzazione, tuttavia, l'aborto è consentito solo *prima* che il feto acquisti la *viability*, cioè diventi un organismo fornito di una riconoscibile vitalità e ciò, di fatto, in base alla sentenza *Casey* del 1992, a partire dal sesto mese di gravidanza. Non è perciò un caso, ora che la questione è sul piano locale, che subito all'indomani della sentenza i gruppi *pro-choice*, favorevoli a riconoscere l'aborto come un diritto, abbiano cominciato le loro battaglie entro le giurisdizioni locali contro le legislazioni dei singoli Stati conservatori⁴.

giuridicamente errato, fondato direi sul pregiudizio che porta a definire la decisione *Dobbs* addirittura come una «criminalizzazione di massa» (ivi, p. 79).

Tra queste leggi 'grilletto' (*trigger laws*) si può ricordare la legge del Texas, *The Human Life Protection Act* (H.B. 1280), che prevede una responsabilità penale per chiunque «opera, induce o tenta un aborto», legge che prevede di entrare in vigore il 13° giorno successivo alla emanazione di una sentenza della Corte suprema che abroghi, in tutto o in parte, *Roe v. Wade*, come interpretata da *Casey*, e altri casi possibili in futuro.

³ La norma sotto scrutinio riguardava una legge dello Stato del Texas che vietava l'aborto «tranne che in caso di pericoli per la vita della madre». Per una raccolta di tutte le sentenze relative all'aborto emanate dalla Corte suprema degli Stati Uniti cfr. I. Shapiro, A. Steinmetz (eds.), *Abortion. The Supreme Court Decisions 1965-2022*, Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge 2023. Cfr. anche VV.AA., *The History of Abortion Legislation. Judicial History and Legislative Response*, Madison&Adam Press, 2022.

⁴ La letteratura sull'attività e gli strumenti dei movimenti *pro-choice* è ovviamente assai ampia a partire dalla sentenza *Dobbs* del giugno 2022. La gran parte delle riviste giuridiche americane hanno ospitato immediatamente articoli dei giuristi più impegnati nella difesa dei gruppi e dei movimenti favorevoli all'aborto. Mi limito in questa sede a segnalare il saggio di D.S. Cohen, G. Donley, R. Debuché, *Rethinking Strategy after Dobbs*, «Stanford Law Review Online», vol. 75, (August 2022).

Dal punto di vista delle iniziative giuridiche, quindi, la situazione non è affatto risolta nel senso di un divieto di aborto, in quanto la sentenza riguarda il “diritto” all’aborto riconosciuto dalla sentenza *Roe* a livello federale, ma, per di più, paradossalmente, la sentenza *Dobbs*, abrogando *Roe* e restituendo il potere regolativo al popolo e ai suoi rappresentanti eletti (come viene esplicitamente detto), se da un lato evidenzia il fatto che il XIV Emendamento (cui nella decisione del 1973 la Corte suprema si era richiamata) non consente per nulla un diritto all’aborto, come non lo consente l’altro suo presunto fondamento costituzionale, ovvero il principio della *privacy*, dall’altro, però, riconoscendo che all’epoca della fondazione degli Stati Uniti con la Costituzione del 1787 e degli emendamenti successivi si dava per ammissibile l’aborto prima del *quickenning*, ovvero dell’auscultazione del battito cardiaco del feto, alcuni interpreti della sentenza hanno ritenuto che in tal modo, sia pure indirettamente, un diritto all’aborto entro le prime 14-16 settimane potrebbe essere riconosciuto come costituzionale a livello federale e questo sulla base del fatto che un eventuale bando generalizzato dell’aborto (cui mirano i movimenti *pro-life*, contrari all’aborto in ogni sua forma) potrebbe violare la *due process clause*, questa volta però *non del XIV, ma del V Emendamento*⁵, entrato in vigore con il *Bill of Rights* del 1790.

Premesso che in queste pagine non ci occuperemo se non alla fine della questione relativa al valore o disvalore del “diritto” all’aborto – che a nostro avviso difficilmente può essere considerato per l’appunto senz’altro come un diritto –, oggetto precipuo di queste nostre riflessioni sarà il tema della *validità giuridica* della sentenza *Dobbs*, considerata da molti come una sentenza squisitamente politica (a partire dal Presidente in carica Joe Biden), quasi che con essa i giudici della Corte abbiano semplicemente imposto una privata volontà politica di parte mascherata con una veste giuridica e quindi fatto una determinata scelta politica per via giuridica di contro alla presunta costituzionalità della decisione del 1973.

⁵ Cfr. A. Tag, *After Dobbs*, «Stanford Law Review», vol. 75, 5, 2023, pp. 1091 ss.

Per comprendere non solo il significato epocale della sentenza *Dobbs v. Jackson Women' Health Organisation*, ma anche le ragioni per le quali questa decisione dei nove giudici (*Justices*) della Corte suprema minaccia di incidere in profondità sull'ordinamento giuridico americano, è necessario ricordare non solo la centralità⁶ che l'organo giudiziario riveste nell'ordinamento giuridico di *common law* e specificamente, come aveva sottolineato già Tocqueville⁷, del sistema americano, dove, appunto, i giudici della Corte suprema sono «onnipotenti»; quanto, piuttosto, la peculiarità dell'impianto del sistema per il quale, come aveva scritto già ai primi del Novecento John Chipman Gray, il legislatore e le leggi, gli *statutes*, «non trovano la propria interpretazione in se stessi: il loro significato è dichiarato dalle corti ed è con questo e con nessun altro significato che sono imposti alla comunità in quanto legge»⁸.

Questa tesi, esposta nel 1909, serve a comprendere anche perché, sia pur sbagliando, buona parte dei mezzi di informazione abbiano parlato di “abrogazione della legge sull'aborto”, quasi che ci fosse una legge federale che riconosceva alle donne americane un diritto quasi assoluto di abortire. In realtà questo diritto, vero o presunto che fosse, era semplicemente – ma anche fondamentalmente – il risultato di una interpretazione creativa da parte della Corte suprema nel 1973 di un Emendamento alla Costituzione americana, il XIV, al quale la mag-

⁶ Questa centralità dei giudici nel sistema americano, per alcuni un fatto positivo, per altri discutibile, ha naturalmente avuto delle conseguenze rilevanti, al punto che da più parti e già in tempi non recenti si è parlato, per gli Stati Uniti, di *Government by Judiciary*, governo dei giudici, secondo il titolo di un famoso libro di un giurista francese, Eduard Lambert (*Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, trad. it. a cura di F. D'Orazio, R. Mengale, Giuffrè, Milano 1996), che nel 1921 colse il fenomeno americano come una tendenza dei tempi verso un'attribuzione di poteri di controllo al giudice, in Europa oramai chiamato giudice delle leggi o giudice costituzionale, specie dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale della Repubblica austriaca (1920).

⁷ A proposito de *La Democrazia in America* di Tocqueville va sottolineato il fatto, spesso trascurato, che l'America visitata dal giovane studioso francese era già un'altra America rispetto a quella della Rivoluzione e dei primi decenni dopo la Costituzione; cfr. sul punto S. Elkins, E. McKittrick, *The Age of Federalism. The Early American Republic, 1788-1800*, Oxford University Press, New York 1993, pp. 5 ss.

⁸ J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1909), Columbia University Press, New York 1916, p. 178.

gioranza dei giudici di allora, cinque contro quattro, avevano ritenuto di poter fare riferimento e appello per sostenere le tesi di "Roe", una signora del Texas il cui vero nome era Norma McCorvey, a favore del suo diritto di abortire in un ospedale pubblico. Quella scelta del 1973 diede adito ad una delle sentenze più rivoluzionarie nella storia del diritto e della società americane, appunto *Roe v. Wade*, essendo Wade il procuratore distrettuale che difendeva la legge. Ugualmente rivoluzionaria la sentenza che accompagnò *Roe*, ovvero *Doe v. Bolt*.

Politica, legge, giudizio

Dunque, in questa sede la prima domanda deve suonare: è la sentenza *Dobbs* una sentenza politica? Hanno forse i sei giudici conservatori approfittato del loro ruolo istituzionale e della loro "Supermajority", per far diventare "legge" una opinione soggettiva, una presa di posizione puramente ideologica? La domanda ovviamente non è priva di logica e di fondamenti storici, anche perché è un dato di fatto che in alcuni Stati ci si è subito rifatti alla sentenza per legiferare in maniera conservatrice su questioni come le cure mediche per i *transgender* (Alabama) o si preparano a farlo per materie come i matrimoni omosessuali e via dicendo, anche se gli stessi giudici (almeno la maggioranza dei sei, con l'esclusione dell'ultraconservatore Clarence Thomas) si sono premurati di dire che la sentenza riguardava *esclusivamente* l'aborto (rispetto al quale gli Stati conservatori hanno però di fatto accelerato sulla regolazione restrittiva)⁹.

Il problema è che questi dubbi sono stati sollevati ora contro *Dobbs* e mai, almeno da parte progressista, contro altre sentenze che in passato hanno deciso sulla scorta di impostazioni differenti; restando nell'ambito che ci interessa contro, per esempio, la sentenza *Casey* del 1992 (la quale, apparentemente, pur limitandone la portata, si limitò a confermare *Roe* non con argomentazioni giuridiche sostanziali, ma per aderenza al principio dello *stare decisis*) e ovviamente la rivoluzio-

⁹ Sulle reazioni immediate alla sentenza *Dobbs* nei vari Stati cfr. L. Kusisto, J. Calfas, *Supreme Court's Abortion Decision Sparks Immediate Action From States*, «Wall Street Journal», 08/07/2022.

naria *Roe v. Wade*, la sentenza che nel 1973 consentì la legalizzazione della pratica abortiva a livello federale. Ciò solleva l'ovvio dubbio che non sia certo per una superiore sensibilità squisitamente giuridica che *Dobbs* sia stata oggi messa sulla graticola, ma unicamente perché ha suscitato una reazione politicamente contraria al merito della sentenza, indipendentemente dalla sua fondatezza giuridica. Del resto, il giudice Blackmun, lo stesso di *Roe*, nella sua *opinion* in *Casey*, ebbe già a dichiarare che solo «una fiamma tremolante» separava *Roe* dalla sua abrogazione, dichiarazione che in fondo confermava quanto deboli fossero state le sue proprie argomentazioni giuridiche vent'anni prima, in *Roe v. Wade*, ma anche, per quanto in *Casey* sostenuto, come dietro la questione dell'aborto fossero in gioco problematiche assai più rilevanti, relative fondamentalmente al nuovo sistema giuridico (e politico) che si è affermato in America nella seconda metà del Novecento¹⁰.

La sentenza *Dobbs*, approvata da cinque giudici con l'adesione del Presidente della Corte¹¹, afferma una tesi in sostanza semplice e, come vedremo, anche abbastanza chiara, ovvero che la Costituzione americana non si riferisce mai, né direttamente né indirettamente, alla questione dell'aborto e che quando, nel 1868, venne ratificato il Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione, cui *Roe* si era richiamata, si trattava di una norma che vietava agli Stati di limitare la libertà o gli eguali diritti dei cittadini americani (bianchi e neri), ma non aveva niente a che fare con l'aborto. Il riferimento alla *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento è un riferimento formale e non

¹⁰ Secondo R. Hittinger, *The First Grace: Rediscovering Natural Law in a Post-Christian World*, ISI Books, Chicago 2007, p. 260, la Corte, in *Casey*, decise sulla base di un interesse più generale a che da un lato la questione dell'aborto fosse lasciata alla tecnologia medica, dall'altro confermando, semplicemente, che l'aborto era diventato, negli Stati Uniti, un metodo di controllo delle nascite nel quale le donne facevano affidamento.

¹¹ Quattro giudici si associarono all'opinione di maggioranza di Samuel Alito: Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, and Amy Coney Barrett. Il Presidente della Corte, John Roberts, si espresse con una opinione concorrente, a favore del mantenimento della legge del Mississippi, affermando comunque che a suo avviso la Corte non avrebbe dovuto spingersi fino ad eliminare del tutto il diritto all'aborto.

materiale o sostanziale; in altri termini è il rispetto delle procedure che per quelle norme conta, non il contenuto di una legge. Considerando poi che all'epoca del Quattordicesimo Emendamento la maggior parte degli Stati avevano leggi contrarie all'aborto, nessuna delle quali fu toccata dall'Emendamento, appare evidente che l'aborto non può essere, dal punto di vista della legittimità costituzionale, almeno nella misura in cui per legittimità costituzionale si intende anche il testo canonico del 1787 con i suoi emendamenti¹², una libertà fondamentale appartenente al popolo americano. Di conseguenza, la pratica dell'aborto come "diritto" non ha basi nella Costituzione, anche se nulla impedisce agli Stati di regolare la materia, in un senso o nell'altro, liberalizzando o regolando o limitando questa pratica.

Certo, si potrebbe dire che nessuna sentenza giudiziaria è mai veramente solo giuridica e che il diritto è sempre, in qualche modo, politicamente motivato. Non saremo certamente noi a non comprendere il senso di una perplessità che ha motivazioni storicamente e intellettualmente legittime, dal momento che se non sempre, almeno con una certa frequenza le sentenze dei giudici sono state, in tutti i paesi e in tutte le epoche della storia contemporanea, sentenze politiche. Lo abbiamo più volte denunciato nei nostri lavori, mettendo sullo stesso piano le sentenze 'progressiste' della Corte suprema americana o della Corte costituzionale italiana con quelle dei giudici reazionari della Repubblica di Weimar.

Se però si confonde il contingente con la sostanza si rischia di perdere ogni criterio di riferimento che voglia argomentare a favore di una regolarità formale, omogenea ai principi dello Stato di diritto. Il rischio di una deriva ideologica e politica della giurisdizione, specie

¹² Uso l'espressione "canonico" impiegata da M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford-New York 2015, pp. 1 ss., ricordando che di fatto la "Costituzione" degli Stati Uniti non è in fondo quasi mai stata limitata agli articoli del testo, ma implica un insieme di fattori, propri del *Common law* e della tradizione giuridica anglosassone in uno con le sentenze. È ovviamente un grave errore mutilare questo complesso di una delle sue parti, tutte ugualmente attive nella determinazione della Costituzione nel suo insieme. Né uno studio della Costituzione americana potrebbe prescindere dalla Dichiarazione di Indipendenza del 1776, come sottolinea, in un lavoro comunque discutibile perché fortemente ideologizzato, J. Balkin, *Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge 2011.

costituzionale, nello Stato di diritto o sotto il *rule of law* è un dato di fatto, incontestabile specialmente da quando si sono diffusi i nuovi metodi di interpretazione del diritto, fondati sui principi e non sulle norme, sul bilanciamento tra diritti e principi e non sulla logica propria della normatività positiva, che per quanto esposta alla critica di valori soggettivi conserva ancora una sua legittimità, almeno per chi ritiene possibile un ordine e una regolarità nei rapporti umani e specialmente nelle procedure istituzionali, garanzia di libertà e di sviluppo sulla base non di astratti “diritti”, pur esistenti quando effettivamente radicati e vitali e di regola corrispettivi di obblighi, ma dei più logici e naturali *interessi*, i quali costituiscono la vera trama, o, comunque, quella più ricca e sensata dell’ordinamento giuridico.

Partendo dunque da questa dichiarata premessa, certo in fondo essa stessa ideologica perché dichiara un favore per la distinzione – che non vuol dire separazione – tra politica e diritto e soprattutto tra diritto e morale (o, meglio, delle morali scoperte negli ultimi anni sulla base di convinzioni meramente soggettive¹³), si tratta allora in primo luogo di capire se la sentenza *Dobbs*, che certamente ha delle conseguenze e delle ricadute di natura politica ed etica, ha una sua legittimazione giuridica, per la quale si possa obiettare a chi la con-

¹³ Il tema della morale privata, nel senso di una convinzione puramente soggettiva della bontà di un’azione, trova in particolare nella ridefinizione della corporeità il suo presunto fondamento. Particolare importanza riveste, da questo punto di vista, la separazione abbastanza recente tra sesso e genere, emblematica di un rifiuto della “natura” delle cose, natura che deve essere invece sottoposta alla volontà arbitraria del soggetto. Non si deve nascere necessariamente uomo o donna, ma si deve lasciar libero il “soggetto” di determinarsi come vuole. In prospettiva se un soggetto maschile volesse essere un animale umanoide dovrebbe essere lasciato libero di auto-determinarsi. Il tema della auto-determinazione, originariamente non priva di un suo significato quando riferito all’uomo-in-comunità, ha assunto ormai forme degenerate e degenerative di fatto intoccabili in quanto nascosto dietro il discorso onnilegittimante del “diritto” e della cosiddetta “moderna” interpretazione dell’identità, che ha superato l’idea, ritenuta obsoleta, della interscambiabilità di sesso e genere; cfr., in questo senso, Notes, *Constitutional Privacy and the Fight over Access to Sex-Segregated Spaces*, «Harvard Law Review», vol. 133, March 2020, n. 5, p. 1700: «Un dibattito basato sul sesso – concepito per la prima volta nel 1963, quando sesso e genere erano ampiamente considerati interscambiabili e immutabili – ignora una spiegazione moderna dell’identità». Per una difesa dell’ideologia cosiddetta ‘gender’ cfr. J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell’identità*, trad. it. di S. Adamo, Laterza, Roma 2023.

testa una impostazione pregiudiziale contro ogni logica giuridica che non si possa piegare a decisioni di parte e a valutazioni puramente soggettive.

La domanda fondamentale è allora: dal punto di vista giuridico, nella contrapposizione tra *Dobbs*, da un lato, e *Roe* dall'altro, quale sentenza rivela una legittimazione giuridicamente corretta? Non pretendiamo, ovviamente, di dare una risposta definitiva, ma semplicemente di argomentare nel senso di una valutazione storicamente e dogmaticamente almeno non troppo fuori e sopra le righe, sul presupposto, naturalmente, che il diritto americano è un *case law*, ma con una struttura storica complessa, dove la storia non è solo cronologia o precedente, ma cultura e valori. Giustamente Russell Kirk, nel suo *Rights and Duties*, parla sempre di una Costituzione americana «scritta e non scritta»¹⁴.

Partiamo allora da *Roe v. Wade*, la sentenza che legittimò la pratica dell'aborto e che è stata oggi "overturned" da *Dobbs*. Su quali argomenti si fondava *Roe*? Innanzitutto, chi erano i giudici della Corte all'epoca? Si trattava, com'è noto, della Corte Burger, giudice progressista ma nient'affatto orientato ideologicamente. In verità, la sentenza *Roe* non fu l'unico o decisivo momento di rovesciamento della politica sull'aborto in America, quanto, piuttosto, al tempo stesso, l'inizio e il punto di arrivo di un processo di trasformazione¹⁵. Nella sentenza *Roe* (nome di fantasia scelto dagli avvocati di Norma McCorvey¹⁶), la Corte riassunse due casi relativi all'aborto, quello appunto *Roe*, che ri-

¹⁴ Cfr. R. Kirk, *On Rights and Duties. Reflections on our Conservative Constitution*, Spence Publishing Company, Dallas, Texas 1997, passim.

¹⁵ Come ha scritto J.M. Balkin, *Roe v. Wade. An Engine of Controversy*, in Id. (ed.), *What Roe v. Wade should have said*, rev. edition, New York University Press, New York 2023, p. 12, la sentenza del 1973 «rifletteva le idee emergenti delle maggioranze nazionali e particolarmente delle élites politiche e giuridiche nazionali».

¹⁶ Norma McCorvey sarebbe poi diventata una sostenitrice dei movimenti antiabortisti, cosiddetti *pro-life*, lasciandosi usare, quasi sempre per denaro, nella battaglia contro l'aborto e per il capovolgimento di *Roe*, fatto che oggi appare inatteso e quasi eversivo, ma in realtà temuto dai movimenti abortisti proprio a causa della nota ed evidente debolezza giuridica di quella sentenza. La vicenda di Norma McCorvey è stata raccontata recentemente in un libro assolutamente obiettivo da J. Prager, *The Family Roe: An American Story*, Norton, New York 2021, su cui vedi anche la recensione di D. Friedell, *A Piece of Pizza and a Beer*, «London Review of Books», vol. 44, No. 13, 23 June 2022.

guardava una legge del Texas che da cent'anni vietava l'aborto tranne che nel caso si trattasse di «salvare la vita della madre», e *Doe v. Bolton*, una legge meno rigorosa della Georgia, del 1968, che consentiva eccezioni al divieto di aborto in caso fosse in pericolo la salute della madre, in caso di stupro o di gravi malformazioni del feto.

La sentenza del 1973 fu certamente uno spartiacque nella storia del diritto americano, perché indipendentemente dalla correttezza o meno del ragionamento posto alla base della decisione essa rappresentò l'inizio di una fase nuova secondo una duplice prospettiva: da un lato, perché inaugurava quella che molti considerarono una stagione diversa dal punto di vista politico e sociale, la stagione dei diritti individuali, sulla scorta della precedente e politicamente ancora più rivoluzionaria *Brown* del 1954, sul divieto di segregazione nelle scuole, dall'altro perché segnava una nuova fase nell'accrescimento del potere della Corte suprema, che da questo momento in poi si presenta direttamente al popolo americano come un interlocutore di pari livello e grado, anzi di grado superiore, rispetto al potere legislativo e al potere esecutivo, Congresso, Presidente, poteri statali. Non è un caso che tra le motivazioni che il giudice Blackmun inserì nella sentenza *Roe* ci fossero anche riferimenti alla povertà, al controllo della popolazione, all'inquinamento, alla razza, argomentazioni più consone ad un atto legislativo politico che ad una sentenza giudiziaria.

La sentenza sull'aborto costituisce in effetti il punto terminale e più alto di una fase determinata della storia giurisprudenziale americana, quella della Corte Warren, il repubblicano della California responsabile, durante la guerra, dell'internamento nei lager dei cittadini statunitensi di origine nipponica, nominato da Eisenhower nel 1953 alla Corte suprema, sotto la cui giurisdizione vennero abrogate molte leggi statali limitative dei diritti civili. Mi sono già occupato altrove¹⁷ della Corte Warren, rispetto alla quale quella di Burger in effetti fu al tempo stesso una continuazione, ma anche una novità, specialmente per quanto riguarda l'attivismo giudiziario e l'idea, propria di Warren, che la Corte dovesse avere un rapporto diretto con la cittadinanza, idea che fondava in qualche modo il *primato politico* della Corte.

¹⁷ Cfr. A. Carrino, *Dopo le costituzioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, pp. 121 ss.

Una Corte dunque più riservata, ma per certi aspetti forse anche per questo più disinvoltata, una disinvoltura che trova la sua espressione più evidente proprio nella sentenza *Roe v. Wade*, una sentenza che sin dall'inizio fu assai criticata per le argomentazioni poste a base, tutt'altro che inattaccabili dal punto di vista giuridico. Per capire *Dobbs* occorre infatti aver presenti i limiti formali di *Roe*, che sono a fondamento del rovesciamento operato dai giudici ora.

Come operò la Corte all'epoca di *Roe*? Com'è noto, l'ambiente socio-politico nel quale si muoveva la Corte Burger era caratterizzato da profondi cambiamenti: l'eco del '68 era ancora vivo, molti movimenti per i diritti civili in particolare delle minoranze di colore erano stati ed erano attenti a monitorare atti e reazioni dei poteri e delle istituzioni americane. È stato ripetuto fino alla nausea che la sentenza *Dobbs* è una sentenza dichiaratamente politica, esito di una precisa volontà di giudici reazionari, ideologicamente orientati. Non voglio certo contestare il fatto che la Corte attuale ha una maggioranza conservatrice, anche se prima di *Dobbs* proprio da parte progressista ci si è meravigliati dell'atteggiamento "liberal" dei sei giudici di maggioranza¹⁸,

¹⁸ In una recente sentenza (*Torres v. Madrid*) la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha deciso richiamandosi ad un lontano precedente inglese. Il caso in questione riguardava una signora del New Mexico che aveva fatto causa al governo dopo che la polizia le aveva sparato 13 colpi mentre, avendo scambiato i poliziotti per ladri, fuggiva via in auto. "Uso eccessivo della forza" in violazione del Quarto Emendamento della Costituzione, secondo la signora Torres, che era stata raggiunta da due pallottole. Le corti inferiori le avevano dato torto: i poliziotti, infatti, non l'avevano "arrestata" (*seized*) e quindi non si poteva fare appello a quell'Emendamento. La Corte suprema, in maggioranza conservatrice, ha dato però ragione non ai poliziotti, come qualcuno potrebbe pensare, ma alla signora Torres, richiamandosi ad un precedente del diritto inglese del 1605, un caso riguardante una certa contessa di Rutland, che aveva rubato dei gioielli ad un'altra contessa (dove l'appellativo "caso delle contesse").

Il Quarto Emendamento, secondo i giudici inferiori, avrebbe potuto essere invocato solo se la signora fosse stata *effettivamente* arrestata, cosa che non era accaduta. I giudici della Corte suprema hanno ribaltato il verdetto sostenendo che l'arresto poteva invece configurarsi come effettuato anche in mancanza di una presa *materiale* della persona: sicché la Torres era stata effettivamente "seized". Di conseguenza, i poliziotti avevano abusato del loro potere, violando il Quarto Emendamento. Alla sentenza i giudici sono arrivati applicando il metodo originalista del conservatore Antonin Scalia e rifacendosi al precedente inglese: la contessa, infatti, era stata arrestata ("seized") col semplice tocco della mazza del sergente che l'aveva dichiarata in arresto pur senza 'prenderla'. La Torres poteva dunque legittimamente fare causa ai poliziotti.

tre dei quali nominati dal Presidente Trump; ma se la sentenza *Dobbs* può essere accusata di essere “politicizzata” (e alla fine di queste con-

Ciò che ci interessa non è però tanto il contenuto della decisione, che può apparire bizzarro dato il richiamo a una sentenza della *Chamber Star* londinese di quattro secoli fa, quanto il fatto che essa è stata presa all’unanimità, così come un consenso bipartisan ha prevalso nella maggioranza dei casi sottoposti alla corte, con i giudici liberali in maggioranza in più della metà dei casi insieme con i sei giudici conservatori. La nomina di Amy Barrett Coney (il terzo giudice nominato da Trump) aveva più che allarmato la sinistra americana, che paventava una corte tutta spostata a destra, mentre prima della Barrett, con il voto determinante (*‘swing’*) del suo presidente, John Roberts, essa si era pronunciata in più occasioni contro decisioni conservatrici di vari Stati e della stessa presidenza Trump (confermando, per esempio, la protezione di lavoratori Lgbt, i minori immigrati privi di documenti, ecc.).

Ciò che colpisce, tuttavia, è il fatto che la Corte nel *‘term’* da ottobre 2020 in poi ha spesso deciso all’unanimità, tra l’altro sulla base del criterio del “minimalismo”, ovvero delle motivazioni più limitate possibili al caso delibato. In altri termini, la Corte Roberts, almeno nelle sessioni precedenti *Dobbs*, ha cercato di decidere evitando le conseguenze legislative più generali che spesso le decisioni dei giudici costituzionali implicano: legislatore sì, ma limitatamente al caso in esame, in modo che anche in un sistema dei precedenti la decisione non possa fungere da norma generale. Questo ha consentito che le posizioni politiche dei giudici siano rimaste, per esempio nella sessione 2020-2021, che ha visto la schiacciante maggioranza conservatrice, in secondo piano: anche i *liberal*, per esempio, hanno deciso coi conservatori a favore dei Servizi sociali cattolici di Filadelfia, che volevano avere la possibilità di esentare dalla concessione dei servizi le coppie dello stesso sesso (*Fulton v. City of Philadelphia*), senza però possibilità di una ricaduta normativa generale della sentenza.

Analogamente, i giudici conservatori sembrano aver «ammiccato» (l’espressione è di D. Cole nel suo articolo *Surprising Consensus at the Supreme Court*, «The New York Review of Books», 19 agosto 2021) ai loro colleghi *liberal* nei casi più noti del pasticcere e della fioraia, che si erano rifiutati di fare torte e *bouquets* per degli “sposi” omosessuali appellandosi alle proprie convinzioni religiose, caso deciso contro sia il pasticcere sia la fioraia. Ugualmente in un importante caso sulla libertà di espressione (*Mahanoy Area School District v. B.L.*) la Corte ha deciso in maniera *‘liberal’* ma molto restrittiva, respingendo la tesi che una frase offensiva in un *social* (un *post* che si sarebbe cancellato entro 24 ore) da parte di una mancata *majorette*, potesse avere effetti offensivi contro il *college*, cosa che era stata all’origine della sospensione della ragazza per un anno. La Corte è stata molto analitica nella sentenza a favore della libertà di espressione fuori del campus e indubbiamente proprio per quelle argomentazioni rigorosamente limitate al caso non avrà probabilmente effetti di “regola generale”.

In sostanza la “Corte Trump”, se vogliamo chiamarla così, sembra rivelarsi assai più “liberal” di quanto la sinistra americana paventasse. In altri casi ancora, infatti, conservatori e liberali sono stati unanimi (per es. *Lombardo v. City of St. Louis*, una causa simile alla tragica vicenda Floyd).

siderazioni esprimeremo il nostro parere in merito), certamente lo era stata anche la sentenza *Roe*, che volle deliberatamente venire incontro ad un moto "progressista" nell'America di quegli anni, sapendo che per farlo bisognava stravolgere il senso e il significato del *common law* vigente negli Stati Uniti e fondato sia sui precedenti (che spesso risalgono al diritto inglese, come si è visto nella sentenza *Torres*) sia sulla Costituzione del 1787.

La sentenza *Roe v. Wade* fu una sentenza per molti aspetti organizzata, attesa e costruita sia dall'esterno sia dall'interno della Corte. Non fu un caso qualunque, ma il punto di arrivo di una precisa volontà politica che da tempo cercava l'occasione per costringere la Corte suprema a ragionare sulla questione 'aborto', che fino al 1973 era considerato un reato in quasi tutti gli Stati che componevano l'Unione (con l'eccezione di Oregon e Wisconsin). Particolarmente rigida la legislazione punitiva dell'aborto e di altri comportamenti attinenti la sfera intima delle persone nello Stato del Texas, dove reato era per esempio l'uso dei contraccettivi anche da parte di persone regolarmente sposate, per non parlare delle relazioni omosessuali, vietate anche tra adulti consenzienti nel privato della camera da letto.

"Jane Roe", la persona passata alla storia come ricorrente contro lo Stato del Texas nella persona del procuratore generale Wade, in realtà, come ho detto, non si chiamava così: si trattava di un nome fittizio usato dalla sua avvocatessa, Sarah Weddington. Era in realtà Norma McCorvey, una donna di umili origini che a ventuno anni, dopo aver avuto due figli illegittimi, ritenne che un terzo sarebbe stato troppo per lei dal punto di vista economico.

Norma cercò di capire cosa fare per evitare la gravidanza senza incorrere nel rigore della legge; la sua vicenda è raccontata in un libro autobiografico, per la verità pieno di ricostruzioni inventate, di falsità di ogni genere, pubblicato nel 1994¹⁹. La vicenda di Norma e soprattutto delle due persone che colsero l'occasione per spingere la giovane a impiantare una causa che sarebbe stata portata dinanzi alla Corte suprema a Washington è stata raccontata recentemente nel

¹⁹ N. McCoy, *I Am Roe: My Life, Roe V. Wade, and Freedom of Choice*, HarpersCollins, New York 1994.

libro di Prager, dal quale si evince che in cambio di una pizza e di una birra (forse anche di 1000 dollari) Norma si convinse a farsi usare da occasione e da testa di ariete dalla sua avvocatessa Weddington per oltrepassare le corti statali e chiedere un pronunciamento dei nove giudici di Washington sulle leggi che nel Texas proibivano in maniera radicale l'aborto e chi aiutasse ad abortire donne incinte (l'unica eccezione era relativa al caso che fosse in pericolo la vita della madre). Si trattava di una legge del 1854, quindi, secondo l'avvocato Weddington, abbastanza vecchia da poter essere discussa, specie dopo che la stessa Corte, in una sentenza precedente, aveva dichiarato, *sulla base del diritto alla privacy*, incostituzionale una legge della California che vietava l'uso di anticoncezionali.

La Corte investita della questione aborto nel caso *Roe* non fu affatto decisa senza indugi nel senso che sappiamo, perché i giudici impiegarono otto mesi per arrivare alla sentenza, un periodo di tempo durante il quale le loro posizioni cambiarono in maniera a volte radicale. Va anche detto che *Roe* non era all'epoca l'unico caso relativo all'aborto presente all'attenzione dei giudici. Già nel 1971, come abbiamo accennato, era stata portata dinanzi alla Corte la questione in *Doe v. Bolton*, che aveva riguardato una legge meno rigorosa della Georgia, approvata nel 1968, che consentiva eccezioni al divieto di abortire per salvaguardare la salute della madre, nonché in caso di stupro e di gravi anomalie del feto.

Relatore di entrambi i casi, unificati in *Roe*, fu il giudice Harry A. Blackmun. Ad avviso di questo giudice non si poteva abrogare la legge del Texas se non perché l'eccezione in essa contemplata era formulata in termini di eccessiva vaghezza: cosa significa «salvare la vita della madre»? Ma una motivazione del genere avrebbe portato alla messa in discussione di molte altre leggi in altri Stati. È importante citare dall'abbozzo di sentenza di Blackmun (una pratica, quella dei *draft*, propria di quella Corte e che recentemente ha portato all'annuncio preventivo della decisione in *Dobbs* per una fuga di notizie): «[...] Osserverei – scriveva Blackmun – che secondo informazioni contenute in alcuni rapporti, eliminare la legge del Texas in *Roe v. Wade* invaliderà le leggi sull'aborto nella maggioranza dei nostri Stati. La maggior parte degli Stati si focalizzano solo sulla preservazione della vita della madre. *Vuitch*, naturalmente, è nei libri e ho presunto che il

Collegio, a questo punto, non ha alcuna intenzione di metterla fuori gioco. È a causa dell'enfasi di *Vuitch* sulla vaghezza e di una speranza, forse abbandonata, che noi si possa avere una corte unanime nel caso del Texas che ho intrapreso la via della vaghezza»²⁰.

L'argomento della vaghezza del testo di legge dimostra innanzitutto le difficoltà della Corte, ma anche già il fatto che c'era una precisa e decisa volontà pregiudiziale di abrogare la legge del Texas. Si trattava, in effetti, non di interpretare "la legge", quale che fosse, per risolvere il caso, ma di abrogare la legge sulla base di una qualche argomentazione che non fosse, almeno nella valutazione dei giudici, troppo debole e discutibile. Già qui si capisce che la decisione era preventiva, cioè politica e non giuridica, anche se in dottrina è diffusa la tesi per cui i giudici prima decidono e poi trovano le ragioni della loro decisione.

Nel caso di *Roe* l'argomento della vaghezza della legge era effettivamente troppo debole anche per chi voleva a tutti i costi abrogare la legge del Texas. Bisognava partire esclusivamente da *Roe*, mettendo da parte *Doe* e facendo perno su alcune sentenze precedenti non relative alla vaghezza del testo, ma a qualche diritto garantito. Sembrò a Blackmun che la via giusta consistesse nel richiamarsi al diritto alla *privacy*, la stessa intrapresa in alcune importanti sentenze precedenti, specialmente in *Griswold v. Connecticut*, la stessa sentenza che il difensore di Norma (*Roe*), l'avvocato Weddington, aveva in mente quando aveva convinto Norma a fare causa. La sentenza aveva infatti stabilito il diritto all'uso dei contraccettivi, sostenendo che il divieto agiva sulla personalità e quindi invadeva la *sfera privata garantita dalla Costituzione*, sfera che il giudice William O. Douglas, appunto in quella sentenza, individuò attraverso l'argomento della "penombra" prodotta dalle norme relative alle garanzie della libertà personale.

A nostro avviso il diritto alla *privacy* non è sufficiente, come vedremo più avanti, ma per ora seguiamo Blackmun, il quale si pose il problema non dell'interesse della donna e dell'interesse dello Stato o della comunità del Texas, ma, secondo quella che sarebbe stata la dottrina interpretativa prevalente, del "bilanciamento" tra il "diritto"

²⁰ Cfr. B. Schwartz, *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, Oxford University Press, New York-Oxford 1988, p. 148.

alla *privacy* della donna e il “diritto” alla vita del feto che quindi non poteva essere negato. Dove si poneva la linea rossa, valicare la quale significava non più garantire il diritto della donna, ma violare il diritto, sia pure potenziale, del feto? Che ci fosse questa linea era probabile, ma dove si collocasse non spettava alla Corte stabilirlo. Spettava agli Stati porre un limite, limite che però, quando si tratta di diritti, diventa complicato e difficile, perché i diritti pretendono di essere assoluti e il fatto di “bilanciarli” è oggettivamente solo un modo per attribuire all’interprete un potere che non dovrebbe competergli.

Sembrava che questa sarebbe stata la linea interpretativa prescelta (e la decisione della Corte), perché quattro giudici si dichiararono d’accordo con Blackmun e in effetti alcuni giudici davano per scontato che la sentenza ci sarebbe stata già nel 1972, nel giugno di quell’anno. Senonché, nel frattempo erano stati nominati dal Presidente Richard Nixon due nuovi giudici e il Presidente della Corte, Burger, decise che anche questi nuovi giudici avrebbero dovuto dire la loro studiando il caso, di fatto partendo dai dubbi che lo stesso Blackmun aveva espresso apertamente pur avendo preferito chiudere 5 a 4 sulla sua relazione partendo dal caso *Doe* e non *Roe*, quindi con una decisione politica, ma non così sorda alle motivazioni giuridiche. Aver rimesso tutto in discussione modificò radicalmente il quadro.

Roe v. Wade

Roe, come ho detto, fu una sentenza almeno in parte organizzata. Non si trattò infatti di un atto volontario e autonomo di Norma McCorvey in difesa di un suo “diritto” di abortire, sentito quale tale dal punto di vista intellettuale e morale del singolo individuo. A questa persona interessavano solo le questioni economiche: per lei un terzo figlio, dopo aver dato in affidamento il secondo, era una spesa economica insostenibile. In effetti, sembra, dalla biografia di Prager²¹, che più tardi la McCorvey abbia rimproverato alla Weddington, il suo avvocato, di averla usata per la causa invece di portarla in Messico ad abortire come aveva fatto la stessa Weddington da giovane. Comunque,

²¹ J. Prager, *The Family Roe: An American Story*, cit.

quest'ultima voleva qualcuno che le consentisse di attivare la Corte suprema contro le leggi del Texas e questa persona, appunto la Jane Roe del processo, ovvero Norma McCorvey, fu "scovata" da una terza persona, un altro avvocato meno fortunato della Weddington, Laura Coffee, che appunto segnalò la McCorvey a Weddington. In cambio di una pizza e di una birra la McCorvey accettò di diventare la Jane Roe famosa poi negli States e nel mondo.

Anche se i meriti della vittoria sono di regola ascritti alla Weddington, dal libro di Prager si evince che fu Laura Coffee a rendersi conto per prima che la Corte suprema della California aveva dichiarato incostituzionali per "vaghezza" del testo le norme di quello Stato che vietavano l'aborto (in *People v. Belous*), anche se le leggi del Texas – non solo sull'aborto, ma anche per esempio in materia di sodomia e in genere di omosessualità – erano indubbiamente più rigide. Ma una sentenza della Corte suprema federale del 1965, *Griswold v. Connecticut*, nel dichiarare l'incostituzionalità delle leggi che vietavano l'uso degli anticoncezionali «nel sacro recinto della camera da letto», aveva già anche stabilito che vi fosse un diritto alla *privacy* coniugale²², sicché anche la *privacy*, un diritto *unenumerated*, cioè non previsto esplicitamente in Costituzione, poteva essere invocato, cosa che poi sarebbe effettivamente accaduto nella sentenza della Corte suprema federale, redatta dal giudice Blackmun.

Attraverso la Coffee, Weddington venne a conoscenza della possibilità di usare la McCorvey. Weddington faceva parte di una rete di persone che, contro la legge allora vigente, portavano le donne che volevano abortire da medici disposti a farlo e da tempo puntava a mettere in discussione le leggi del Texas. Cominciò così l'iter giuridico che dal Texas sarebbe arrivato a Washington, dove in un certo senso Blackmun aspettava di riprendere il ragionamento iniziato con l'altra questione (*Doe*) già posta all'attenzione della Corte e che sarebbe stata assorbita da *Roe*. Nel suo libro su *Roe*, Sarah Weddington pone la 'scoperta' del diritto alla *privacy* come il nocciolo della sua argomen-

²² Relativamente a questa sentenza va anche osservato che al di là del diritto alla *privacy*, ciò che era veramente in gioco, dietro il diritto alla *privacy*, era fondamentalmente l'interesse delle case farmaceutiche alla commercializzazione della pillola abortiva; in effetti il querelante era un professore della Yale Medical School attivo anche come direttore medico della Planned Parenthood.

tazione giuridica a favore dell'aborto come diritto, ma per la verità il riferimento che fa alla tesi di Brandeis, primo teorico del diritto alla *privacy* in un famoso saggio del 1890, è tutt'altro che convincente. La Weddington²³, nel suo libro, cita questo passo di Brandeis: «Gli autori della nostra Costituzione stabilirono di contro allo Stato il diritto di essere lasciati in pace, il diritto più comprensivo e il diritto più apprezzato da parte degli uomini civilizzati»²⁴. Ma cosa c'entrava il diritto più apprezzato da parte degli uomini civilizzati con l'aborto? Cosa hanno a che fare con l'aborto tutti i principi e valori derivati dal diritto alla *privacy*, personalità inviolata, dignità umana? Sentimenti, pensieri, emozioni, vanno tutelati, ma solo un'interpretazione più che estensiva e ideologicamente orientata e pregiudiziale può pensare di includere l'aborto tra i diritti della persona che vanno tutelati nella sua "*privacy*" *in quanto persona*. Il concepimento, in verità, è tanto questione privata quanto anche questione pubblica e interpersonale. Ridurre la gestazione a un affare privato significherebbe escludere dall'evento tutto quello che necessariamente viene invece chiesto: persino l'interruzione della gravidanza, che la donna chiede al medico (specie se dipendente pubblico), non è un affare privato, per non parlare della richiesta di aiuto che una donna in difficoltà potrebbe chiedere alla società e *in primis* al padre del nascituro.

Le debolezze intrinseche alla decisione sul caso *Roe* furono talmente palesi che non soltanto la legislazione, ma anche altre sentenze successive a *Roe*, fino alla sentenza *Casey* del 1992, che alla fine dovette semplicemente richiamarsi alla forza del precedente, limitarono in qualche modo e misura il "diritto" all'aborto, e questo già a partire

²³ S. Weddington, *A question of Choice*, Putnam, New York 1992, p. 42.

²⁴ Cfr. *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438 [1928]), opinione dissenziente di Louis D. Brandeis contro l'ammissibilità in cause penali di conversazioni telefoniche registrate segretamente. Scriveva Brandeis: «The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. [...] They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment» (ivi, p. 478).

dalla sentenza *Webster v. Reproductive Health Services*, del 1989, che tra l'altro metteva in discussione la scansione trimestrale di *Roe* relativa all'accrescersi delle facoltà di intervento da parte del legislatore, da nessuna nel primo trimestre di gravidanza ad una abbastanza rilevante nel terzo trimestre. Si legge per esempio proprio in *Webster*: «Non si capisce perché l'interesse dello Stato nel proteggere la vita umana potenziale dovrebbe sorgere solo al momento della *viability* e perché dovrebbe esserci pertanto una linea rigida che consente la regolazione statale dopo la *viability* ma la proibisce prima della *viability*»²⁵. Si trattava di un inizio di limitazione che sarebbe arrivato fino alla sentenza *Casey*, la quale, pur riaffermando, come abbiamo detto, *Roe*, trovava una ulteriore limitazione proprio in relazione ai tempi: «Nella sua formulazione [la struttura] fraintende l'interesse della donna incinta [...] e in pratica sottovaluta l'interesse dello Stato alla vita potenziale»²⁶. Al suo posto la maggioranza adottò un nuovo standard di "undue burden" (onere non dovuto), affermando che questo standard riconosceva la necessità di riconciliare l'interesse degli Stati (di alcuni, di tutti) alla vita in potenza dopo il concepimento con il diritto della donna a decidere di por fine alla sua gravidanza. Mentre la sentenza del 1973 limitava il potere di regolare l'aborto per il primo trimestre di gravidanza, la decisione *Casey* del 1992 metteva in evidenza che non tutti gli oneri imposti da una legge che regolasse l'aborto dovevano essere considerati come necessariamente illegittimi, ovvero contrari alla decisione del 1973. Così, con la decisione della Corte in *Casey* un onere illegittimo si dà quando una legge si propone di «mettere un ostacolo sostanziale sulla via di una donna che cerca di abortire prima che il feto raggiunga la *viability*». La stessa sentenza *Casey*, in ultima analisi, riconosceva la non incostituzionalità di vari oneri ritenuti legittimi, quali il consenso informato, l'informazione dei genitori e altri oneri procedurali con eccezione della informazione al marito della donna sposata, informazione ritenuta essere dalla Corte un «undue burden» (cosa forse per lo meno discutibile).

²⁵ *Webster*, 492 U.S. 490 (1989), p. 2057.

²⁶ *Casey*, 505 U.S. (1992), p. 873: «In its formulation [the framework] misconceives the pregnant woman's interest [...] and in practice it undervalues the State's interest in potential life».

Tuttavia, a parte le argomentazioni disparate che *Casey* presenta al fine di garantire *Roe*²⁷ e quindi il diritto all'aborto, a parte anche il fatto che i giudici in questo caso non riuscirono a garantire la bontà giuridica di *Roe*, anzi la misero di fatto in dubbio nonostante volessero conservarla, ciò che va menzionato è sia il principio di fondo che sta alla base sia del non-rovesciamento di *Roe* in *Casey*, sia dello stesso *stare decisis* richiamato per garantire l'autorità della Corte entro la struttura politica complessiva dell'ordinamento americano. Si tratta, ben oltre quindi aspetti parziali del problema, del nuovo regime giuridico-politico che si è instaurato in America a partire dal 1947 e che è stato affermato da *Brown* prima e *Roe* dopo, ovvero il regime politico dell'individualismo “liberal” portato all'estremo e che ha trovato la sua massima espressione nel principio della tutela dei diritti individuali in quanto tali, un'idea di fatto alla base di tutte le corti costituzionali in giro per il mondo, almeno dove queste non sono state ancora limitate nei loro poteri, come in Polonia. Si legge ancora, significativamente, in *Casey*: «È una promessa della Costituzione che esiste un regno di libertà personale nel quale lo Stato non può entrare», una tesi di natura ideologica, in quanto si contrappone all'idea per cui il rapporto tra individuo e comunità è un rapporto sinallagmatico, nel senso che non esistono soltanto diritti dell'individuo, ma anche doveri dell'individuo nei confronti della collettività di cui è parte. In *Casey*, di fatto, sulla base del nuovo sistema giuridico vigente negli Stati Uniti come prodotto in gran parte dalle sentenze della Corte suprema, si riafferma il primato dell'individuo in quanto tale: «La questione costituzionale in oggetto è se lo Stato può dare una risposta a queste questioni filosofiche come quella relativa al punto che [...] una donna non ha scelta in materia [l'aborto] eccetto forse [...] in circostanze in cui la gravidanza è essa stessa un pericolo alla sua vita o alla sua salute o è il risultato di stupro o incesto», per concludere che «al cuore della libertà si trova il diritto di stabilire il proprio concetto di esistenza, di significato, di universo e del mistero della vita umana. Ciò che si crede in questo campo non

²⁷ Tra l'altro una sorta di invito alla concordia nazionale rivelatosi, come scrive J.M. Balkin, *Roe v. Wade. An Engine of Controversy*, cit., p. 19, nient'altro che un «wishful thinking».

può definire gli attributi di personalità ove fossero formati sotto la coazione dello Stato»²⁸.

Come si vede, in definitiva *Casey* solo formalmente dichiara il primato dello *stare decisis* rispetto a *Roe*, ma in realtà si pone come una sentenza di legittimazione del nuovo *status quo* generale determinato dall'attività della Corte a partire dal dopoguerra e per il quale, in forza del primato dei diritti, esiste (anche) un diritto fondamentale della donna ad abortire. Certo, come abbiamo visto, la Corte si richiama al rispetto della sua autorità, ma questa autorità è quella che le proviene, prima che dalla separazione dei poteri sancita nella Costituzione del 1787, dal nuovo modo di vedere il rapporto dei poteri, anzi dalla nuova separazione dei poteri, che mette al primo posto quella che era un tempo la branca "meno pericolosa" del potere, il giudiziario. In base al nuovo regime fondato sul primato dei diritti quali introdotti dalla Corte, oltre quindi quelli *enumerated* in Costituzione, *Roe*, nonostante gli errori giuridici che *Casey* non riesce a non ammettere, era però una sentenza *materialmente* corretta rispetto a *quel* tipo di regime, al punto che l'aborto come strumento di controllo delle nascite viene dichiarato del tutto ammissibile proprio come "diritto" intoccabile sul quale le donne oramai fanno affidamento²⁹. A fondamento di tutto ciò c'è la libertà quale affermata oramai dalla Corte in quanto potere fornito di legittimità (politica, prima che giuridica) e proprio per questo il vero luogo dove è possibile determinare il diritto della nazione americana nel suo autentico significato: «È necessario comprendere la fonte dell'autorità di questa Corte, le condizioni necessarie al suo mantenimento e le sue relazioni con la cognizione che il paese ha di se stesso come una Repubblica costituzionale. [...] Il potere della Corte risiede [...] nella sua legittimità, un risultato di sostanza e percezione

²⁸ *Casey*, 505 U.S. (1992), p. 851.

²⁹ Osservo qui che persino Norberto Bobbio, a proposito dell'aborto, ebbe a scrivere che una delle giustificazioni di questa "libertà" era data proprio dalla necessità di limitare la crescita della popolazione mondiale: «Che senso ha affermare che esisteva un diritto alla libertà di abortire prima che questa aspirazione delle donne fosse accolta e riconosciuta da una legislazione civile con ragioni tra l'altro storicamente e socialmente fondate, e quindi non aventi validità assoluta, come il crescente numero delle donne che lavorano o il pericolo di un eccesso di popolazione che minaccia l'umanità?» (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 84).

che si mostra nell'accettazione da parte del popolo del Giudiziario come adatto a determinare ciò che significa diritto della Nazione e dichiarare ciò che essa richiede»³⁰. Una affermazione di sovranità giudiziaria in piena regola!

Dal punto di vista della storia giuridico-politica degli Stati Uniti d'America a partire dal secondo dopoguerra *Casey* è materialmente e politicamente assai più importante di *Roe* perché fonda una legittimazione della nuova separazione dei poteri: al vertice è l'organo che più di ogni altro è in grado di “capire” il popolo e di “farsi capire” dal popolo, essendo qui l'organo vero e proprio della ragione pubblica, «l'esempio della ragione pubblica», come scrisse un teorico dell'ideologia “liberal”, John Rawls³¹. Naturalmente, come sempre accade quando un tribuno del popolo parla al popolo, ciò che conta non è il potere del tribuno, ma il potere del popolo e così anche la Corte continua dicendo che «se la legittimità della Corte dovesse essere minata così sarebbe anche il paese nella sua stessa capacità di vedere se stesso attraverso i suoi ideali costituzionali, la preoccupazione della Corte per la legittimità non è per amore della Corte ma per amore della Nazione verso cui è responsabile»³². Ma quali sono gli ideali costituzionali della nazione americana di cui parla la Corte? Dubito che si tratti di quelli di Jefferson, Madison, Hamilton e via dicendo, quanto, piuttosto, degli ideali costituzionali stabiliti dalla Corte stessa, la quale ha il compito di «mettere fine» alla «divisione della nazione accettando un comune mandato radicato nella Costituzione». La Costituzione, in

³⁰ «The Court's power lies, rather, in its legitimacy, a Torino product of substance and perception that shows itself in the people's acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation's law means, and to declare what it demands. [...] The Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decisions on the terms the Court claims for them, as grounded truly in principle, not as compromises with social and political pressures having, as such, no bearing on the principled choices that the Court is obliged to make. Thus, the Court's legitimacy depends on making legally principled decisions under circumstances in which their principled character is sufficiently plausible to be accepted by the Nation» (*Casey*, 505 U.S. [1992], pp. 865-866).

³¹ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 2005, p. 236.

³² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 868.

questo senso, ha il solo compito di legittimare un determinato potere – quello giudiziario – a fare tutto quello che quel potere decide essere costituzionale nell'ambito del discorso sui diritti. La Costituzione del 1787 è la radice del potere decisionale, ma l'organo di quella legittimazione è il potere giudiziario: «La *radice* del potere di governo americano viene rivelata nella sua massima chiarezza nell'istanza di potere conferito dalla Costituzione al Giudiziario degli Stati Uniti e specificamente alla Corte»³³. Solo la Corte suprema ha il potere di chiarire in cosa consiste questa “radice” da cui tutto dipende, al punto che le altre branche di governo che non rispettassero, sia pure in nome della sovranità popolare, quanto la Corte materialmente decide sulla base di quanto essa soltanto può determinare come “costituzionale”, agirebbero contro la Costituzione.

Il diritto alla *privacy*: origine e limiti

Un diritto alla *privacy* – cui *Roe* si è richiamata – non è rintracciabile in maniera esplicita e dichiarata nella Costituzione del 1787 e nemmeno nei suoi numerosi emendamenti, ma solo in testi dottrinali e in sentenze della Corte suprema (a partire dalla opinione dissenziente di Brandeis del 1928). Tuttavia, sarebbe oggi certamente causa di perplessità se qualcuno volesse sostenere che l'ordinamento giuridico degli Stati Uniti non tutela tutti quegli stati, quei comportamenti, effettivi e non solo mentali, dei singoli. Il diritto alla *privacy* non è certamente solo il diritto di essere lasciati in pace dagli altri, ma implica una rete di protezione non solo delle cose che contornano la persona, ma proprio la persona in quanto tale.

³³ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 865: The root of American governmental power is revealed most clearly in the instance of the power conferred by the Constitution upon the Judiciary of the United States and specifically upon this Court. As Americans of each succeeding generation are rightly told, the Court cannot buy support for its decisions by spending money and, except to a minor degree, it cannot independently coerce obedience to its decrees. The Court's power lies, rather, in its legitimacy, a product of substance and perception that shows itself in the people's acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation's law means and to declare what it demands».

Negli ordinamenti di *civil law* e di costituzioni recenti ciò può sembrare pacifico, anche perché il diritto alla *privacy* è anche direttamente ricavabile da articoli delle costituzioni entrate in vigore dopo la Seconda guerra mondiale e in parte dopo la prima (specificamente a Weimar, per esempio³⁴). Le cose sono più complicate per quanto riguarda gli Stati Uniti, dove, tuttavia, il diritto alla *privacy* ha cominciato ad essere discusso anche prima che in Europa. In dottrina, per esempio, fa testo un famoso articolo di quello che sarebbe poi stato anche un giudice della Corte suprema, Louis D. Brandeis, pubblicato nel 1890 sulla *Harvard Law Review* a firma con Samuel Warren. In questo articolo (*The Right of Privacy*) gli autori mettevano a confronto il diritto alla verità e il diritto alla riservatezza, privilegiando, sia pure a certe condizioni (differenza tra uomini pubblici e persone private) il diritto di “essere lasciati soli”. Va detto, tuttavia, che lo stesso Brandeis avrebbe successivamente³⁵, in sentenze della Corte, privilegiato il diritto dei cittadini alla verità³⁶, sicché tanto più non si capisce il riferimento alla *privacy* in una questione relativa all’aborto, dove semmai andrebbe tutelato il diritto della donna a non far sapere la sua decisione di avere un aborto, se legale, non certo il diritto di abortire in strutture pubbliche pagate dai contribuenti.

Si può certamente dire, quindi, che il diritto alla *privacy* nell’ordinamento statunitense è un diritto costruito gradualmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza e questo non solo perché, come diceva Holmes, il diritto non è altro che la profezia di ciò che faranno le corti: le Corti e specificamente la Corte suprema. La *privacy* o riservatezza è in verità – entro certi limiti (e naturalmente questo è il punto dolente del problema: determinare questi limiti) – un principio, un valore, un

³⁴ Cfr. i vari articoli del Capo I della Parte seconda della Costituzione di Weimar.

³⁵ Cfr. J. Rosen, *Louis Brandeis. American Prophet*, Yale University Press, New Haven and London 2016, pp. 135 ss. In un lavoro del 1916, *Other People’s Money*, Stokes Company, New York, p. 4, Brandeis scriveva che la «pubblicità è giustamente raccomandata come un rimedio alle malattie sociali e industriali. Si dice che la luce del sole sia il migliore dei disinfettanti e la luce elettrica il poliziotto più efficiente».

³⁶ Per una storia del diritto alla *privacy* nell’esperienza americana, sin dai primi anni della Repubblica, cfr. A. Gajda, *Seek and Hide. The Tangled History of the Right to Privacy*, Viking, New York 2022, che sottolinea, tra l’altro, come «la protezione dei potenti sia un tema familiare nella storia del diritto alla *privacy*» (ivi, p. 28).

criterio della civiltà europea in quanto tale a partire dai Greci, che naturalmente ha conosciuto nella storia delle negazioni, ma che in fondo è rimasto tale sempre. Anche nel diritto americano, non a caso, in dottrina non si è voluto fare riferimento solo al “costruttivismo” della giurisprudenza, ma anche alla storia, alle tradizioni del popolo americano e anglo-sassone (ma potremmo anche dire semplicemente europeo). Non ha dunque molto senso ricostruire i vari momenti in cui la Corte suprema ha detto questo o quello, mostrandosi più attivista o più riservata. L'emotivismo della Corte può essere maggiore o minore, ma in questo caso non ci interessa più di tanto saperlo. Che essa abbia costruito diritti giuridicamente protetti come diritti sostanziali o formali può essere lasciato da parte pur essendo, questo, un punto discusso nella dottrina costituzionale americana, con esiti differenti a seconda, naturalmente, del punto di partenza del giurista, pur sul presupposto che trovare una qualche “intenzione” da qualche parte è sempre il risultato di un'attività di chi “trova” quella intenzione: le intenzioni, come diceva Stanley Fish, si costruiscono³⁷. Naturalmente conta anche, anzi molto, sapere *come* queste intenzioni si costruiscono, con quale “spirito”; una cosa è, per esempio, se si pensa che sia proprio obbligo morale non introdurre nella scoperta dell'intenzione le proprie convinzioni morali (certo, avrebbe detto Scarpelli, questa è già anche una scelta morale), oppure, al contrario, che la Corte debba esplicitamente prendere decisioni moralmente giustificate³⁸, agendo così secondo una visione neo-giusnaturalista.

Come ho detto, è dal 1890 che il diritto alla *privacy* opera nel sistema americano e fu proprio uno dei due autori del citato saggio, Louis D. Brandeis, che nel 1928, in una nota sentenza, *Olmstead v. United States*, introdusse di fatto, con la sua opinione dissenziente, nel diritto statunitense il diritto alla *privacy*, contribuendo a che la Corte suprema, vari anni dopo, in *Griswold*, abrogasse una legge del Connecticut

³⁷ S. Fish, *Is There a Text In this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, Cambridge 1980, pp. 163-4.

³⁸ Come sostiene per esempio, di fatto sulla scia di Dworkin, M.J. Perry, *Morality, Politics, and Law*, Oxford University Press, New York 1988.

che, nel giudizio proprio di Douglas³⁹, redattore, e della maggioranza dei giudici, violava il diritto alla *privacy*, nella fattispecie alla *privacy* coniugale (vietando l'uso di contraccettivi tra coniugi, argomentando con un artificio rimasto celebre, quello della penombra, nel senso che «specifiche garanzie nel *Bill of Rights* hanno delle penombre, prodotte dalle emanazioni di quelle garanzie che aiutano a dare loro vita e sostanza. [...] varie garanzie creano zone di *privacy*». Douglas, in questa sentenza del 1965, enumerava varie zone di penombra prodotte da diversi emendamenti, il primo, il terzo, il quarto, il quinto, il nono, che a suo avviso era decisivo nella causa, richiamando ai cosiddetti “diritti non elencati”, *unenumerated*. Di qui, per Douglas, l'esistenza – a differenza di quanto sostenuto contro Brandeis nel 1928 – di un diritto alla *privacy* coniugale: «Abbiamo a che fare con un diritto alla *privacy* più vecchio del *Bill of rights* – più vecchio dei nostri partiti politici, più vecchio del nostro sistema scolastico. Il matrimonio costituisce una unione per il bene o il male, un istituto che si spera duro e intimo al punto di essere sacro. È una associazione per uno scopo tanto nobile quanto nessuno di quelli di cui ci siamo occupati in nostre precedenti decisioni»⁴⁰.

Griswold fu una sentenza importante e bene argomentata, ma che, proprio per la buona argomentazione messa a base della decisione, mostra *e contrario* tutta la pochezza dei motivi della successiva *Roe v. Wade*, una sentenza che, nonostante venga esaltata come un baluardo della libertà e della democrazia è stata criticata anche da giudici “liberal” come Ruth Bader Ginsburg⁴¹, trattandosi di fatto di una senten-

³⁹ Su William O. Douglas cfr. H. Ball, P.J. Cooper, *Of Power and Right. Hugo Black, William O. Douglas, and America's Constitutional Revolution*, Oxford University Press, New York Oxford, 1992, che evidenziano come *Griswold* fosse anche, in buona parte, conseguenza della “rivoluzione sessuale” di quegli anni (cfr. *ivi*, pp. 283 ss.).

⁴⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), p. 381: «We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions».

⁴¹ La sentenza «arrestò un processo politico che stava andando in una direzione di riforma, prolungando così le divisioni e differendo una soluzione stabile del-

za testualmente e intellettualmente incomprensibile, oltre che di una prevaricazione dal punto di vista giuridico e persino, come ebbe ad obiettare uno dei giudici dissenzienti, Rehnquist, un ritorno alla famigerata *Lochner v. New York* del 1905 (sulla libertà assoluta dei datori di lavoro). Un altro dei giudici dissenzienti all'epoca di *Roe* scrisse semplicemente che la sentenza costituiva un «*exercise of raw judicial power*», un esercizio di bruto potere giudiziario. Anticipando quello che diremo dopo, anche *Griswold* fu un esempio di interpretazione costruttiva, ma non sulla base di pregiudizi o di contesti contingenti, bensì di un insieme di fatti e presupposti, di natura sia storica sia razionale sia, inevitabilmente, anche politica. Ci sono dei valori che stanno nel testo costituzionale, ma anche fuori, specialmente quelli che hanno una storia, una tradizione, che è obbligo del giudice rintracciare (non inventare).

Non è mancato chi ha giudicato anche *Griswold* come un esempio di attivismo giudiziario antidemocratico, obiezione forse comprensibile in ambito di *common law*, meno dal nostro punto di vista, più abituato a guardare all'ordinamento giuridico nel suo insieme, anche perché i singoli punti di singoli emendamenti assai più che la presa in considerazione dell'intero ordine giuridico sono suscettibili di vaghezza e quindi di costruttivismo giudiziario. Nella sua opinione dissenziente del 1928 proprio Brandeis metteva in evidenza come l'interpretazione costituzionale non potesse tralasciare aspetti non testuali, eppure per così dire sottesi al testo nel momento della interpretazione, senza che questa apertura dovesse o potesse significare superamento del testo. Scriveva Brandeis:

I creatori della nostra costituzione si premurarono di assicurare condizioni favorevoli alla ricerca della felicità. Essi riconoscevano il significato della natura spirituale dell'uomo, dei suoi sentimenti e del suo intelletto. Essi sapevano che solo una parte del dolore, del piacere e delle soddisfazioni della vita si possono trovare nelle cose materiali. Essi cercarono di proteggere gli Americani nelle loro credenze, nei loro pensieri, nelle loro emozioni e nelle loro sensazioni. Essi conferirono contro allo Stato il diritto di essere lasciati in pace – il più comprensivo dei diritti e il diritto più apprezzato dall'uomo

la questione: R. Bader Ginsberg, *Speaking in a Judicial Voice*, «New York University Law Review», vol. 69, (1992), p. 1208.

civilizzato. Proteggere quel diritto, ogni intrusione ingiustificata da parte dello Stato nella *privacy* dell'individuo, quali che siano gli strumenti impiegati dev'essere considerata una violazione della [costituzione]⁴².

Le considerazioni di Brandeis sono quelle di un fine e schietto giurista. Va però detto che col passare del tempo il senso di quelle considerazioni venne ampliato a dismisura perdendo il riferimento spirituale che le permeava e riducendo il fondamento delle norme ad un mero contesto empirico, dove, da giudici progressisti e da giudici conservatori, si è preferito parlare di “bilanciamento”, un'operazione che sposta il peso della “bilancia” dall'oggettività storico-spirituale alla soggettività morale, con conseguenze rilevanti proprio sulla questione dell'aborto, dove si cercò di stabilire l'esistenza di un “diritto” o “libertà” di abortire nel quale le leggi non avevano facoltà di immischiarsi. Non aveva forse già la Corte stabilito una serie di zone di *privacy* in tante questioni relative alla sfera intima, dal matrimonio (*Loving v. Virginia*, 1967) e dalla procreazione (*Skinner v. Oklahoma*, 1942) all'educazione della prole (*Meyer v. Nebraska*, 1923)? Possiamo dire che il principio della *privacy* diviene decidente non in quanto tale, con la sua razionalità storico-spirituale, ma per i suoi effetti avulsi dalla loro matrice; così, in effetti, il principio venne adoperato in *Roe*.

Le argomentazioni di *Roe*: il Quattordicesimo Emendamento

Le La sentenza che introdusse l'aborto come diritto nel sistema giuridico americano si fonda sostanzialmente su due tesi: ogni donna ha un diritto alla *privacy* e questo diritto include la sua facoltà di decidere di abortire o meno nel caso sia gravida, indipendentemente dalle ragioni che la singola donna può addurre. Il “corpo” della donna è cosa intima e appunto privata e la donna può disporne dal momento che *il feto non è una persona* e quindi non ha un suo proprio diritto. Il diritto alla *privacy* da usare per abrogare la legge del Texas impugnata da “Jane Roe” doveva però essere rinvenuto in una norma costituzionale e non certo nell'articolo scritto quasi cent'anni prima da un giurista di fama,

⁴² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), p. 478.

anche se sarebbe diventato lui stesso giudice costituzionale. Né l'idea della *privacy*, anche interpretata ideologicamente come un diritto di assoluta autonomia⁴³ del soggetto privato (cosa contraria del resto alla stessa idea di *privacy* quale introdotta nel dibattito costituzionale da Warren e Brandeis), poteva da sola garantire l'introduzione di questo nuovo diritto. Occorreva trovare un'argomentazione ulteriore, formalmente più giuridica, una qualche norma. Questa norma fu rinvenuta, sia pure in maniera ballerina, nel XIV Emendamento alla Costituzione del 1787: «Il diritto alla privacy – si legge nella sentenza nella opinione concorrente di Justice Byron White –, che sia fondato nel concetto di libertà personale del Quattordicesimo Emendamento [...] o nella riserva di diritti al popolo del Nono Emendamento, è ampio abbastanza da includere la decisione di una donna se terminare o meno la sua gravidanza». Sempre lo stesso White continua: negare quel diritto «può imporre alla donna una vita e un futuro angosciante. Il danno psicologico può essere imminente. La salute fisica e mentale può essere messa alla prova dalla cura del figlio. C'è anche angoscia per tutte le persone collegate ad un figlio non voluto»⁴⁴.

Come si vede non c'è qui interpretazione di una norma (non basta certo, almeno credo, il “diritto alla felicità” della Dichiarazione di Indipendenza), ma un giudizio di valore che determina la norma nuova. La sentenza cercò tuttavia, in qualche modo, di mediare, cercando in

⁴³ Cfr. sul punto l'opinione dissenziente di Rosen in J. Balkin (ed.), *What Roe v. Wade should have said*, cit., pp. 200-201.

⁴⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), p. 153 (Justice White, concorrente nella sentenza): «This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation».

realità *post festum* di confermare la tesi fondamentale della *non personalità* del feto, immaginando, comunque, un passaggio da una totale non-personalità ad una personalità al momento della nascita, donde una serie di passaggi: 'diritto' nei primi tre mesi e facoltà delle legislazioni statali di limitare questo diritto negli altri due trimestri in maniera sempre più stringente a mano a mano che ci si avvicinava alla nascita. Anche se si è sostenuto (per esempio da parte del prof. David Cole) che la sentenza *Roe* già usa il criterio della proporzionalità, proprio per aver consentito dei poteri agli Stati, in realtà di proporzionalità ne vedo poca, quanto, piuttosto, appare evidente una cautela interna alle motivazioni stesse, una cautela nient'affatto giuridica, quanto di pura opportunità politica. Non è un caso che anche dopo *Roe* sia il Congresso federale sia diversi Congressi statali ritennero di approvare delle leggi che limitavano la procedura abortiva, specie quando erano in gioco finanziamenti alle strutture mediche con denaro federale

La sentenza del 1973 sostenne, in soldoni, una tesi univoca: *il feto non è una persona*, ma senza avere il coraggio di dire che se non è una persona *è necessariamente una cosa*; per di più aggiungendo un elemento storicamente assai dubbio, cioè che nel secolo XIX le pratiche abortive erano assai più libere che nel secolo successivo: come si concilia un'affermazione del genere con il fatto che la gran parte delle legislazioni statali vietavano l'aborto⁴⁵ e che questo divieto rimase tale anche dopo l'approvazione del Quattordicesimo Emendamento? Abbiamo visto come le argomentazioni di fondo fossero contraddittorie e poco pertinenti, ma il risultato finale fu, dal punto di vista giuridico, aberrante e politicamente divisivo e conflittuale⁴⁶, dando inizio, in effetti, ad una battaglia

⁴⁵ Questo fatto, relativo ai tre quarti degli Stati all'epoca del Quattordicesimo Emendamento, ha giocato un ruolo importante nella decisione tanto che i giudici di *Dobbs* hanno aggiunto un'appendice di 12 pagine al testo della sentenza elencando le legislazioni in materia. Va anche detto che probabilmente si è trattato di un errore, perché su 37 Stati pare che solo 16 e non 27, come dichiarato dalla Corte, proibissero formalmente l'aborto.

⁴⁶ Come scrisse R. Dworkin, *The Great Abortion Case*, «New York Review of Books», June 29, (1989), p. 49, «nessuna decisione giudiziaria dei nostri tempi ha suscitato maggiore e più duratura indignazione pubblica, emozione e violenza fisica o altrettante critiche professionali estreme».

sull'aborto tra *pro-choice* e *pro-life* condotta da allora in poi in termini di valori e presunti diritti inconciliabili, mettendo tra l'altro fuori della tutela costituzionale una parte consistente del popolo americano, quella che riteneva che l'aborto fosse un omicidio e che ha continuato a crederlo con maggior convinzione rispetto a prima. In una società pluralista, ha osservato Guido Calabresi, ciò è denso di conseguenze negative: «Una tale affermazione è la peggiore che potesse essere fatta dalla Corte suprema degli Stati Uniti in un'area nella quale vi siano convinzioni in conflitto. [...] Quando [...] la Corte ha proclamato che la verità delle convinzioni non ha importanza – che le convinzioni anti abortiste riguardanti l'inizio della vita, vere o meno, non fanno parte della nostra Costituzione, del nostro sistema giuridico – ha immediatamente reso questa Costituzione inaccettabile per chi ha tali convinzioni»⁴⁷. Si è trattato, infatti, di una sentenza politica senza ombra di dubbio e soprattutto impermeabile a qualunque discussione: «L'opinione della Corte in *Roe v. Wade* è stata un disastro. Ha aperto ferite che si vorrebbe fossero chiuse. La decisione ha reso impossibile il vivere insieme per le parti in conflitto, ed ha creato una situazione nella quale una parte sembra aver bisogno di prevalere in maniera totale sull'altra»⁴⁸.

In realtà, la posizione di Calabresi non è esente, poi, da un certo tartufesco moralismo di chi comunque vuole quello che si è voluto. Semplicemente, si dice in questo caso che si sarebbe dovuto dare un contentino alla parte perdente per mantenerla nei limiti della Costituzione, ma questo non era possibile nel momento in cui la Corte diceva che l'aborto non solo è lecito, ma è addirittura un "diritto". Dire: "tu hai torto, ma comunque non ti condanno all'inferno" è secondo me anche peggio che emanare una sentenza confusa, disastrosa e soprattutto giuridicamente errata come *Roe v. Wade*. Si opera un "bilanciamento" a favore dell'aborto e si dice: è un bilanciamento, non vuol dire che sul piatto della bilancia i tuoi "valori" non abbiano contato, ma gli altri hanno "pesato" di più. Rispetto alla posizione di Calabresi sono personalmente più propenso a dare ragione ai giudici che hanno emesso una sentenza sbagliata, se non altro assumendosi la

⁴⁷ G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, trad. it. di C. Rodotà, Giuffrè, Milano 1996, p. 123.

⁴⁸ Ivi, p. 125.

responsabilità di sbagliare, di decidere in maniera errata per personali convinzioni morali o politiche. Peggio ancora quando Calabresi sposta il discorso sull'eguaglianza tra uomini e donne di contro al discorso sulla vita. Che giurista è uno che non crea una finzione (le finzioni fanno parte della retorica giuridica da sempre) ma semplicemente parla di altro per arrivare a decisioni su una questione completamente diversa?

Tanto più errata è la posizione di Calabresi quando, cercando di portare acqua al suo mulino, scrive: «Non abbiamo avuto nel nostro diritto nessun consolidato orientamento, nel campo dei diritti costituzionali riguardanti il nostro corpo o la *privacy* in materia sessuale, che sembra escludere una regolamentazione governativa»⁴⁹. Ma è esattamente quello che ha fatto la Corte nel caso *Dobbs*, abrogando la sentenza disastrosa del 1973 e rimettendo ai poteri legislativi degli Stati la decisione di permettere o meno, ed eventualmente come, l'aborto, inteso non come diritto ma solo, eventualmente, come interesse *possibilmente* proteggibile. Riportare il conflitto sull'aborto al diritto di eguaglianza semplicemente sposta il discorso, non lo risolve, anzi di fatto conferma che l'aborto è un diritto inviolabile e, per quanto posso giudicare, si tratterebbe di rendere uomo e donna uguali non solo nelle opportunità e nella vita sociale, ma anche nella dimensione naturale. Calabresi avrebbe potuto dirlo subito senza tutto un contorto ragionamento sui limiti di *Roe* e il principio di eguaglianza, che di fatto conferma *Roe* e il diritto all'aborto in maniera anche più divisiva, costringendo chi è contro l'aborto a pensare di essere un razzista, un nazista e via dicendo, perché sarebbe contro l'eguaglianza. O anche, più semplicemente, a rafforzarsi nelle sue convinzioni dichiarate ufficialmente inutili. Calabresi pensa di poter convincere scrivendo che dichiarando costituzionale l'aborto come diritto si «dà agli sconfitti la speranza che i valori che professano non verranno abbandonati dalla società, e che la società, nonostante quello che sceglie di fare ora, non diverrà immorale in futuro. Dice agli sconfitti che, anche se hanno perduto, loro ed i loro valori hanno un peso e sono riconosciuti nella nostra società, anche quando non prevalgono. In altre parole, tratta quelli che hanno delle convinzioni come cittadini facenti parte del

⁴⁹ Ivi, p. 129.

sistema politico-sociale, e non come bigotti emarginati od immigrati non assimilati»⁵⁰. Più o meno la stessa pratica caritativa usata dagli *Yankees* con le tribù dei nativi americani. Purtroppo per Calabresi, che ha costruito un bel discorso consolatorio per i perdenti, immaginando che sarebbero rimasti tali a vita⁵¹, le cose sono andate nella direzione opposta e la stessa Corte suprema, dopo cinquant'anni, ha ritenuto di rimediare al disastro di *Roe* in modo esattamente contrario a quello ipotizzato da Calabresi: rovesciando *Roe*.

Chiediamoci ora cos'è questo Quattordicesimo Emendamento alla base, insieme con il diritto alla *privacy*, della sentenza *Roe*. Il Quattordicesimo Emendamento fu approvato nel 1866, in seguito alla guerra civile e dopo che il Congresso ebbe approvato il suo primo *Civil Rights Act*. L'Emendamento era inteso a proibire agli Stati ogni discriminazione razziale nella attribuzione e nel riconoscimento dei diritti civili. Nel 1875 il Congresso approvò un nuovo *Civil Rights Act*, con il quale si garantiva l'accesso ai luoghi pubblici, ma la legge fu abrogata dalla Corte suprema con la tesi che l'accesso ai luoghi pubblici non era un "diritto civile" e che il Congresso non aveva il potere di determinare cosa fosse un diritto civile. Il concetto di diritto civile era dunque strettamente connesso ad una interpretazione storico-giuridica, mentre successivamente è diventato un termine politico di critica ad ogni politica discriminatoria⁵². Diritto civile era dunque, in origine, legato

⁵⁰ Ivi, p. 139.

⁵¹ Che tutto il ragionamento di Calabresi fosse una pura fantasia consolatoria lo dimostra la conclusione: «Non dico nemmeno per un secondo, comunque, che potremmo risolvere l'attuale conflitto andando indietro nel tempo e riscrivendo l'opinione sull'aborto in termini di un conflitto tra valori egualitari e valori della vita, nel quale prevalessero i valori egualitari. Una volta che il problema è stato posto così come è stato effettivamente posto, in termini di quali convinzioni vengono riconosciute dalla nostra Costituzione e quali no, è troppo tardi per tornare indietro»: ivi, pp. 139-140. L'ipocrisia del ragionamento di Calabresi si svela quando scrive che prima o poi, «relativamente poche persone resteranno dalla parte sconfitta, e potranno essere emarginate, forse ingiustamente, ma con conseguenze molto relative dal punto di vista sociale» (ivi, p. 140). La politica delle 'riserve' sembra essere sempre viva in certi circoli americani!

⁵² «Nel periodo immediatamente successivo alla guerra civile il termine *diritti civili*, che prima di allora era stato raramente usato con qualche scopo o precisione determinati, divenne uno strumento critico per definire i termini del dibattito po-

al diritto della persona all'esercizio delle proprie libertà, di movimento, di stipulare contratti, di tutelare la proprietà ecc., un concetto che anche quando il termine fu usato in senso politico e di battaglia, per esempio negli anni Cinquanta del Novecento, durante la lotta contro la segregazione, aveva a che fare con la persona e la sua libertà di tutela della persona in quanto tale, ma questo non toglie che la sua genesi resta molto specifica e riguarda il divieto di discriminazione razziale. Insomma, il Quattordicesimo Emendamento, alla sua Sezione I, è una norma specifica per la tutela delle persone di colore liberate dalla schiavitù e alle quali non tutti e non in tutti gli Stati, specie ovviamente del Sud, volevano riconoscere i privilegi e le immunità garantiti a tutti gli altri cittadini bianchi. Nella sentenza *Slaughterhouse Cases* del 1873 la Corte dichiarò esplicitamente che si trattava di proteggere «la vita, la libertà e la proprietà» della «razza sfortunata che aveva tanto sofferto»⁵³. Che le donne gravide siano ugualmente una razza sfortunata che ha tanto sofferto mi pare tesi ardua da sostenere.

Certo, si trattava della integrità del corpo delle persone di colore, ma la lettura che è stata poi fatta dell'Emendamento, per cui, com'è stato argomentato, si trattava anche di reintegrare il diritto delle donne di colore sfruttate e violentate dai loro padroni bianchi, costrette ad una riproduzione forzata, sposta un giudizio sul passato ad una norma sul futuro: se una donna di colore è stata costretta ad una riproduzione forzata non si capisce qual è il nesso tra un fatto criminale e il riconoscimento di un “diritto” a tutte le donne di abortire dopo essere state per libera scelta rese gravide e che poi vorrebbero non essere state libere nelle valutazioni in quella scelta. In effetti, la lettura della sentenza del 1873 mostra la incongruenza tra la fondazione giuridica e le argomentazioni che furono addotte, in sostanza di natura personale relativa al fatto che una donna cui si fosse impedito di abortire avrebbe in futuro sofferto di gravi conseguenze dal punto di vista psicologico, materiale, esistenziale e via dicendo. Si potrebbe anche essere in astratto d'accordo in un dibattito su uno specifico caso di una specifica donna, ma quale sia poi il nesso tra queste argomentazio-

litico e giuridico»: C.W. Schmidt, *The Fourteenth Amendment and the Transformation of Civil Rights*, «Journal of the Civil War Era», March 2020, vol. 10, n. 1, p. 83.

⁵³ *Slaughterhouse Cases*, 83 US 36 (1873).

ni e il *diritto* ad essere lasciati in pace, ovvero il diritto alla *privacy*, non si vede da nessuna parte. Si tratta di un'argomentazione sociologica e psicologica del tutto avulsa dal contesto e dalla opportuna argomentazione giuridica; proprio questa carenza radicale della sentenza *Roe*, puramente politica e puramente ideologica, fu immediatamente evidenziata da John Hart Ely nel suo commento, forse la più radicale obiezione giuridica e logica portata da subito alla sentenza del 1973. Così concludeva il suo saggio Ely:

Il punto che spesso viene trascurato nei commenti e che ovviamente si perde in *Roe* è che prima che la Corte possa arrivare allo stadio del "bilanciamento", prima che essa cominci a preoccuparsi del caso successivo e di quello ancora dopo (o anche della sua posizione istituzionale), essa è obbligata a determinare le sue premesse rispetto alla Carta dalla quale trae la sua autorità. Un principio durevole e neutrale può essere una cosa di gioia e di bellezza per sempre, ma essa è priva di qualsivoglia connessione con qualsivoglia valore che la Costituzione segnala come speciale; non è un principio costituzionale e non è affare della Corte imporlo. Spero che sembri ovvio al punto di essere banale. E tuttavia quelli tra noi ai quali sembra ovvio hanno raramente avuto problemi a dirlo. E poiché noi non abbiamo problemi a dirlo, dobbiamo condividere il rimprovero portato a questa sentenza⁵⁴.

Anche se il dibattito sui diritti civili mutò natura e portata nei decenni successivi, ancora nel 1954 fu al significato e allo scopo originari di quell'Emendamento che la Corte si richiamò nella famosa sentenza *Brown v. Board of Education* sulla segregazione razziale nelle scuole pubbliche, argomentando che tra i diritti civili alcuni erano da considerare come diritti più fondamentali e quindi bisognosi di una protezione completa. Tuttavia, il giudice Warren, per fondare la sentenza in base alla quale si considerava incostituzionale la segregazione nelle scuole, non poté limitarsi alle ragioni originarie del Quattordicesimo Emendamento, ovvero allo scopo della regolazione giuridica all'epoca della Ricostruzione. Il metodo fu in qualche misura rivoluzionario perché si richiamò all'importanza fondamentale dell'educazione nella società moderna, facendo appello alla psicologia sociale per dimostrare che la segregazione razziale produceva danni mentali sui bambini

⁵⁴ J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, «The Yale Law Journal», vol. 82, No. 5 (Apr., 1973), pp. 948-949.

di colore. In altri ambiti si poteva anche legiferare per la segregazione, ma nel campo delle scuole questo non era consentito.

Un giurista, anche non necessariamente dogmatico, si rende conto facilmente che il metodo impiegato dal giudice Warren e dalla sua Corte nel caso *Brown* (e poi in *Buchanan*) lascia aperte molte porte al dubbio e alla perplessità dal punto di vista dottrinale. Quello che importa osservare è che la sentenza del 1953 non si limita all'interpretazione originaria del concetto di diritti civili, ma presuppone il suo scivolamento dall'ambito giuridico a quello politico nell'epoca successiva alla Ricostruzione. Una volta che il concetto è vago, aperto, diventa possibile decidere cosa, in questo concetto, è fondamentale e cosa non lo è indipendentemente dalla ratio originaria della norma. In merito all'impostazione metodologica cosiddetta “originalista”, la sentenza *Brown* del 1953 è l'esatto contrario. Ci sono alcuni diritti civili che sono fondamentali, altri meno, altri ancora non lo sono; il punto è che con questo spostamento del concetto dei diritti civili (dalla tutela della vita, della libertà e della proprietà) verso ambiti sempre più vasti si metteva la decisione finale nelle mani del giudice: è la Corte suprema che nel 1953 decide che l'educazione in scuole razzialmente miste è un diritto fondamentale, sulla base di argomentazioni fattualmente non-giuridiche. Non che normalmente il giudice non faccia appello al parere del “tecnico”, rispetto al quale egli resta comunque il decisore ultimo, ma in questo caso, nella sentenza *Brown*, il giudice⁵⁵ si fa altro, nella fattispecie psicologo sociale e decide in quanto tale, aprendo così le porte della logica giuridica non al rapporto col sociale, inevitabile per tutti, compresi i giudici, ma alle scelte operate già nel sociale, nella convinzione della psicologia sociale che la segregazione danneggia la psiche del bambino (di colore).

Già con *Brown*, quindi, si erano aperte le porte ad una funzione decisoria materiale di attività della Corte nel senso della qualificazione sostanziale dei criteri in base ai quali la sentenza sarà emanata: detto in termini più laici, la Corte si fa essa stessa la legge che applicherà al caso concreto come legge superiore o costituzionale e questo sulla base di scelte di merito. Il fatto che questo procedimento sia un procedimento giudiziario sembra, ovviamente, sottrarre la Corte allo stig-

⁵⁵ R. Hittinger, *The First Grace*, cit., p. 213.

ma dell'autoritarismo, che di regola viene impiegato unicamente per caratterizzare i governi, le persone che hanno il potere più evidente (polizia, esercito, ecc.). Bisogna tuttavia avere la consapevolezza del fatto che il potere dovrebbe trovare dei contrapposti sempre e quale che sia; anche il potere giudiziario non può, quindi, sottrarsi a questa qualificazione come potere che dev'essere anch'esso limitato. Non c'è bisogno di accogliere tutti i presupposti ideali di Russell Hittinger e le sue scelte sostanziali per essere d'accordo con lui quando scrive:

Ma la stessa generazione che imparò la lezione sul duro dispotismo del potere esecutivo senza vincoli non ha imparato la lezione sul dispotismo morbido delle corti. Nel caso dell'America contemporanea – e in maniera crescente anche in Canada e in Europa – le corti, più che i poteri pubblici, pretendono di essere la voce finale ed esclusiva del popolo. Le Corti ci dicono quando dobbiamo smettere di parlare e quando dobbiamo obbedire. La dottrina emergente della supremazia giudiziaria e dell'esemplarismo è estranea alle nostre istituzioni; essa ha un passato abbastanza brutto quando è stata manifestata attraverso organi esecutivi di governo; ed essa fa della legge fondamentale un teatro di disputa costante sull'autorità e i principi primi del regime.

Le motivazioni di Alito nella sentenza Dobbs

La sentenza Dobbs, com'è noto, è stata redatta dal giudice Alito. Con essa, in due parole, la Corte ha ritenuto costituzionale la legge del Mississippi (impugnata da una nota organizzazione favorevole all'aborto) la quale vietava l'interruzione di gravidanza a partire dalla 15^a settimana, ovvero, dal momento in cui il battito cardiaco del feto era inequivocabilmente auscultabile. La sentenza ha quindi "overturned" due precedenti sentenze, la *Roe* del 1973, sulla quale ci siamo già soffermati, e quella del 1992, *Planned Parenthood v. Casey*, con le quali i giudici del tempo (nella seconda era già presente Clarence Thomas) consentivano alla donna incinta di abortire sulla base, come abbiamo visto per *Roe*, del diritto alla *privacy*, nel secondo caso sulla base del principio di autodeterminazione, letto nel Quattordicesimo Emendamento con una particolare interpretazione della clausola del *due process*. Ma per quanto riguarda la sentenza *Casey* va detto che i quattro

giudici che si associarono ai tre favorevoli a non emendare *Roe* lo fecero argomentando non nel merito, ma sulla base del fatto che altrimenti si sarebbe minata la autorevolezza della Corte, violando il principio dello *stare decisis*. In verità, pochi giuristi, giudici o professori, sono stati così azzardati da voler giustificare *Roe* con argomentazioni squisitamente giuridiche. È anche vero che la Corte, nel 1992, pensò di dare un contributo per calmare gli animi, individuando alcune distinzioni e differenze che avrebbero dovuto mitigare il diritto delle donne di abortire senza qualche onere.

Ora, secondo la Corte del 2022, i diritti non “enumerati” nei primi nove emendamenti alla Costituzione possono essere ugualmente tutelati a condizione che, da un lato, essi siano giustificabili da parte di una Corte «su una base razionale»⁵⁶, dall’altro e soprattutto che in questa giustificazione appaia che si tratti di diritti «profondamente radicati» nella coscienza, nella storia e nella tradizione del popolo degli Stati Uniti in quanto fondamentali per l’esercizio di una «libertà ordinata», quindi esercitabile entro limiti normativi di garanzia. L’interruzione di gravidanza corrisponde al criterio della libertà ordinata? Secondo la Corte no, in quanto la tradizione giuridica americana, prima di *Roe*, non aveva mai previsto che l’aborto potesse essere considerato un atto conforme alla libertà entro le regole, tanto che veniva considerato un illecito penale dal *common law* e anche dagli ordinamenti statali americani dopo il 1868, nei quali Stati l’aborto era punito indipendentemente dal mese in cui veniva praticato. Per Alito (e per la maggioranza dei giudici) l’aborto, se dovesse essere un diritto, sarebbe comunque un diritto *unenumerated*, che potrebbe essere giustificato solo su una base razionale da parte delle Corti, base di razionalità non riscontrata né in *Roe* né in *Casey*, sentenza ritenuta comunque eccezionale e non sostenibile.

Leggere nel XIV Emendamento un diritto all’aborto costituisce quindi una interpretazione che non si può dire estensiva, ma puramente ideologica, fondata non sulla lettera e lo spirito della Costituzione, ma sui propri desideri e le proprie scelte. Basti pensare che quando fu approvato quell’Emendamento quasi tutti gli Stati dell’Unione vieta-

⁵⁶ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 8.

vano in una forma o nell'altra l'aborto e nessuna legislazione ne venne toccata in alcun modo. Ugualmente, scrive un noto costituzionalista americano, Akhill Reed Amar, *Roe* «violava leggi vigenti quasi ovunque negli Stati degli anni Settanta. L'opinione citava goffamente vari altri precedenti relativi al diritto alla "privacy" sulla contraccezione e le dichiarazioni erotiche, ma, in una concessione devastante, la Corte di *Roe* ammetteva che la presenza di un feto vivo sugli scenari dell'aborto rendeva la questione "fondamentalmente differente" da tutti i casi precedenti relativi alla *privacy*. E *Roe* non diceva nulla, in maniera stupefacente, sulla relazione tra i diritti all'aborto e l'eguaglianza delle donne»⁵⁷.

Per quanto riguarda le motivazioni che la sentenza *Dobbs* ha addotto per rovesciare *Roe* e limitare quindi la facoltà delle donne di abortire a seconda della volontà dei rappresentanti politici eletti nei singoli Stati, la prima cosa che vorrei sottolineare è che *non si tratta* di argomentazioni "originaliste", nonostante l'impronta conservatrice della Corte⁵⁸. Al limite, potrebbe essere definita una sentenza "testualista", nel senso che si fonda sui testi giuridici esistenti.

Quando Samuel Alito scrive che «la clausola del *due process* del Quattordicesimo Emendamento [...] è stata considerata come la garanzia di alcuni diritti che non sono menzionati nella Costituzione, ma nessuno di questi diritti era "profondamente radicato nella storia e nella tradizione di questa Nazione" e "implicito nel concetto di libertà ordinata"»⁵⁹, egli si richiama ad un criterio che non ha nessun legame esplicito e profondo con la metodologia originalista. In altri termini, Alito sostiene che non basta che sentenze passate in giudicato siano sufficienti a modificare la storia e la tradizione radicata della nazione americana, almeno per quanto riguarda tutti i diritti che non sono esplicitamente enumerati nella Costituzione; e il "diritto" all'aborto

⁵⁷ A.R. Amar, *The End of Roe v. Wade*, «The Wall Street Journal», 08/07/2022, *The Saturday Essay*, p. 2.

⁵⁸ Interessante, in materia, la sentenza *Bostock v. Clayton County*, su cui cfr. le considerazioni di N. Zanon, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, «Quaderni costituzionali», 4/2020, pp. 839 ss.

⁵⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 2.

non lo è. Tanto meno può avere questa forza rispetto alla tradizione culturale americana (e in generale occidentale) una sentenza che i giudici di *Dobbs* hanno argomentato essere «errata in maniera assoluta» («egregiously wrong») al punto che non ha senso invocare il principio dello *stare decisis*, che proprio per questo è inapplicabile. Qui, infatti, gli interessi di affidamento non sono intangibili proprio in forza dell'errore di *Roe*. Del resto, *Casey*, che li aveva ritenuti intangibili, lo fece per ragioni esse stesse ideologiche e relative non tanto al principio pur invocato dello *stare decisis*, quanto della opportunità politica di non toccare l'autorità della Corte e il suo ruolo nel nuovo regime politico instauratosi di fatto negli Stati Uniti in forza delle sentenze “progressiste” della Corte. Di qui il giudizio di Alito nella sentenza *Dobbs* per cui *Casey* rappresenta una decisione eccezionale e non sostituibile, nel senso che aveva in fondo a che fare con problemi ulteriori rispetto alla questione dell'aborto.

Ora non ha senso, dal nostro punto di vista, cioè quello di un giurista europeo, cercare di vedere quanto “originalismo” è tuttavia presente nella sentenza *Dobbs*, semmai per evidenziare le contraddizioni metodologiche. Si tratta di modi di argomentare propri del giurista americano, che deve pur sempre trovare delle giustificazioni logiche (specificamente giuridiche) in un sistema che, nonostante i suoi effetti sulla libertà dei cittadini e i loro diritti, di logica comunque ne ha poca, con buona pace di tutti coloro che continuano ad elogiare una Costituzione che può essere elogiata o condannata, ma che di fatto non può essere cambiata, costringendo quindi i giuristi a sforzi titanici per inventare interpretazioni che alla fine non hanno molto significato giuridico sostanziale, ma sono solo il risultato di una necessità pratica e di un'attività accademica. Da questo punto di vista, ha un senso che la sentenza, premesso che si tratti appunto di una questione avente una profonda dimensione morale, rinvii al «popolo e ai suoi rappresentanti eletti» la decisione ultima, sottraendola dunque al giudizio della Corte.

Né, del resto, come abbiamo detto, lo *stare decisis* poteva essere di impedimento, non solo perché, come si legge, non si tratta di un «inexorable command», ma anche perché *Roe* e *Casey* non fornivano argomenti sufficienti *in sé* per essere mantenute e ciò, come si legge in *Dobbs*, per «la natura del loro errore, la qualità del loro ragiona-

mento, la “operabilità” delle regole che essi [i giudici di quei casi] hanno imposto al paese, il loro effetto dirompente su altre aree del diritto e l’assenza di un affidamento concreto»⁶⁰. A coloro i quali hanno obiettato che la Corte conservatrice violava il principio dello *stare decisis*, giustamente Alito ha risposto che se la Corte non avesse il potere di rovesciare una sentenza precedente, allora bisognerebbe che anche la famigerata decisione *Plessy v. Ferguson*, la sentenza della Corte Suprema del 1896, che sanciva la separazione razziale (uguali ma separati) non avrebbe né potuto né dovuto essere rovesciata. E aggiungo: dovrebbe essere considerata ancora vigente *Buck v. Bell*, la sentenza del 1927, redatta da Oliver Wendell Holmes, Jr., e approvata da Louis Brandeis⁶¹, che considerava costituzionale la sterilizzazione obbligatoria nell’ambito delle pratiche eugenetiche vigenti in molti Stati americani.

In definitiva, le argomentazioni di Alito nella sentenza sono certamente soggette ad una possibile critica ed è anche possibile trovare delle contraddizioni nelle argomentazioni, a volte non-originaliste ed altre volte originaliste. In questa sede non interessa al lettore italiano seguire tutte le critiche portate e le loro spiegazioni. A volte possono anche essere corrette, ma il problema è che nessuna sentenza o, meglio, molte sentenze della Corte suprema americana sono inevitabilmente soggette a critica da parte di chi non ne accetta il contenuto e questo, spesso, con motivazioni non infondate. Ma, nella fattispecie, abbiamo visto come *Roe* fosse una sentenza *assolutamente* sbagliata, dal punto di vista giuridico e purtroppo, temo, la dottrina e la giurisprudenza americane sono costrette a continuare una battaglia senza fine sul valore delle singole sentenze perché il sistema giuridico americano, né completamente di *common law* né completamente di *civil law*, ma con una legge superiore oggettivamente complessa, oltre che invecchiata, costringe il giurista spesso ad esercizi di inventiva logica che di logico, alla fine, hanno però poco.

⁶⁰ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 1.

⁶¹ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), consentiva la sterilizzazione forzata dei minorati e disabili «per la protezione e la salute dello Stato».

Mark Tushnet ha sostenuto che la Corte suprema dovrebbe essere indebolita⁶². Tesi giusta, nella misura in cui si tratta di spostare il peso sulla bilancia dalla parte della politica e del popolo, ma anch'essa debole nella misura in cui il problema radicale, oggi, è dato dalla incapacità della Costituzione in quanto tale di regolare un sistema politico che non solo è complesso, ma sempre più dipende dalla complessità di una formazione economico-sociale che sembra avere la sua propria “costituzione”, le sue proprie “leggi”, i suoi propri “giudici”.

Il giurista europeo può molto imparare dallo studio del sistema americano, ma più in negativo che in positivo, più per capire come sia inevitabile il malfunzionamento del sistema giuridico che per aiutare a farlo funzionare. C'è una crisi della giurisprudenza costituzionale, come ha evidenziato nel suo ultimo libro Karl-Heinz Ladeur⁶³, ma questa crisi è la crisi di un sistema rispetto a un modello di società che sempre più svanisce nel nulla delle utopie. Rispetto a questa condizione lasciano il tempo che trovano le obiezioni, sempre parziali per natura e soggette a loro volta ad essere criticate. Il fatto che, per esempio, i giudici dissenzienti nella sentenza *Dobbs* sostengono che rovesciare *Roe* e limitare l'aborto come diritto significherebbe ignorare le aspettative di «milioni di americane che si sono affidate e continuano ad affidarsi al diritto di scegliere» (così Breyer, Sotomayor, Kagan nella loro *dissenting opinion*) può essere giusto, ma altrettanto giusto è dire che la sentenza risponde alle aspettative di milioni di donne e uomini americani che attendevano da anni che la Corte limitasse finalmente la possibilità che le donne agissero e scegliessero senza discernimento. Se, del resto, i critici di *Dobbs* si appellano ai milioni di donne che vedono l'aborto come un diritto che garantisce la loro dignità personale si può obiettare che allora vi sono altrettante donne che considerano la presunta necessità di garantire l'aborto in quanto “diritto” come offensivo proprio della loro dignità di persone e di donne.

I drammatici problemi sociali del nostro tempo stanno rapidamente cambiando i paradigmi, anche se non cambia il materiale fondamentale, l'essere umano. Certo, nel “post-umano” sembra che pro-

⁶² Cfr. M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, 2009.

⁶³ K.H. Ladeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.

prio l'essere umano sia la cosa meno utile, ma penso che alla fine sarà pur sempre l'uomo, con le sue ataviche ambizioni, paure, con i suoi desideri, con quello che nasconde e non conosce, che fornirà le soluzioni, nel campo dell'economia, della politica, anche del diritto. Ma non sono tempi sufficienti per una vita umana.

Dal punto di vista giuridico le conseguenze della sentenza sono evidenti: ogni Stato dell'Unione può avere una sua propria legislazione in materia di aborto. Allo stato delle cose, nonostante quanto si è detto, l'aborto non è illegale in America, ma solo a certe condizioni: la gran parte degli Stati, in effetti, lo consente, per esempio, quando non si siano superate le 15 settimane di gravidanza, che vi sia pericolo per la vita o la salute della madre, in caso di violenza subita.

L'aborto in America (che del resto tocca molte donne da vicino⁶⁴) è un affare molto divisivo da sempre, specie in considerazione del fatto che la società americana è una società ancora molto permeata da concezioni religiose, ovvero formata da confessioni e sette di ogni tipo, dove il cristianesimo viene declinato nelle versioni e nelle forme più varie. Non è un caso che già prima di *Dobbs* vi fossero organizzazioni che favorivano e aiutavano le donne che volevano abortire, finanziandole con sussidi per le cliniche ed eventualmente gli spostamenti da uno Stato ad un altro (così, per esempio, il NAF, finanziato dal miliardario Buffett). Oggi, certamente, le cose sono più difficili, perché una donna che volesse lasciare il proprio Stato, dove per esempio la legislazione le impedisce di abortire al sesto o settimo mese di gravidanza, può recarsi in uno Stato dove questo è permesso con strumenti medici (due pillole a base di mifepristone e misoprostol), a condizione che le pillole vengano prese dalla donna fuori dello Stato.

Tutto questo crea un problema sociale, ma personalmente mi chiedo se questo problema sociale (che tocca ovviamente le donne più povere) può essere risolto con una liberalizzazione totale, che significa escludere in partenza qualsivoglia compromesso, lasciando solo una delle parti per così dire "vittoriosa sul campo". L'aborto, si dice, è un "diritto", un "diritto civile"; ma è proprio così? In verità l'aborto è un fatto oggettivamente traumatico e definirlo diritto, sul modello

⁶⁴ Ancora nel 2017 il 18 per cento di tutte le gravidanze terminavano con un aborto, per ben 862.320 aborti effettuati.

del *jus in se ipsum* dell’antico diritto germanico (anche se dubito che i suoi sostenitori sappiano di che si tratta), è una follia ideologica anche indipendentemente dalla questione relativa alla eventuale personalità del feto o, più specificamente, a quando esso acquista la personalità, questione storicamente mai risolta in maniera univoca, anche nella stessa teologia della Chiesa cattolica.

Il “fatto” dell’aborto può rientrare nella sfera dell’interesse della donna e questo interesse può essere tutelato in vari modi, forme e limiti dall’ordinamento giuridico e questo proprio in quanto si tratta di un interesse. Che sia un diritto è una tesi a mio avviso indimostrata e indimostrabile. In conclusione, quindi, quale giudizio dare della sentenza *Dobbs*? Personalmente, la ritengo giusta nel merito giuridico, perché raddrizza, per così dire, la stortura di *Roe*. Le critiche avanzate consistono sostanzialmente nell’affermare che il metodo “originalista”, pur nella varietà delle sue forme⁶⁵, nasconde una vocazione puramente conservatrice.

Mi occupo della questione (specificamente dell’originalismo e dei suoi limiti) in un altro saggio, ma qui accenno solo al fatto che la sentenza *Dobbs* non applica veramente il metodo “originalista”, quanto un metodo storicistico: Alito si richiama in maniera non esclusiva ai *Framers*, anzi per certi aspetti va anche oltre, puntando sulla interpretazione falsa del Quattordicesimo Emendamento.

In altri termini, la sentenza *Dobbs* rappresenta una vera e propria rivoluzione giuridica perché travolge in qualche modo la stessa tendenza cosiddetta “originalista”, per la prima volta mettendo in discussione l’idea che ci si possa veramente rifare, almeno direttamente, alle idee o alle intenzioni o al contesto di chi è vissuto secoli addietro nel momento in cui ha posto una norma, quindi stabilito delle coazioni, a fare e a non fare. Il ragionamento di Alito e della maggioranza dei giudici è stato in questo caso un ragionamento storicistico, comunitarista, che ha rovesciato il metodo nella maniera più radicale: ha posto al centro il

⁶⁵ Per “originalismo” si intendono cose talvolta anche piuttosto diverse pur entro la stessa “famiglia”, per esempio l’originalismo della “intenzione pubblica”, l’originalismo delle intenzioni originarie, l’originalismo della metodologia originaria e anche altro.

popolo degli Stati Uniti e non i suoi singoli individui atomisticamente presi. Questo non significa che potrà, questa Corte, giudicare sempre allo stesso modo, ma è comunque un rovesciamento di prospettive. Si dirà, obiettando, che quindi è vero che la Corte ha agito politicamente. La risposta è che vi sono due modi di agire politicamente, premesso che uno dei due è sempre necessario: si può agire da giudice, anche supremo, dello Stato, e da giudice, anche supremo, indipendente dallo Stato, semmai al servizio della "giustizia", di quello che Kelsen definiva un «ideale irrazionale». Si tratta di due concezioni del mondo e quindi anche del diritto che sono diventate oramai, purtroppo, alternative.

Non vedo quindi tanto un cambio di paradigma quanto, in maniera più sostanziale, la presa in carico intellettuale, da parte di questa Corte conservatrice, di un modo di vedere il diritto che riporta ad una concezione classica del diritto, fondata sulla storia e sulla tradizione, ma anche, in una misura abbastanza evidente, sulla ragione, intesa come *ragione storica*. Non sono mancati subito quei giuristi che hanno voluto evidenziare come questa sottolineatura della storia e della tradizione non debba essere intesa come un'alternativa all'originalismo inteso come il "significato pubblico" originario del testo costituzionale. A mio avviso proprio questa indicazione segnala, invece, la possibilità che *Dobbs* e le altre due sentenze menzionate possano significare anche più che uno spostamento dall'originalismo, un superamento dell'originalismo stesso nel riconoscimento di una struttura più profonda di qualunque riferimento ad un "significato" originario, in questo caso non una tradizione di natura religiosa, come pure potrebbe essere possibile, quanto appunto, più in generale, *storico-spirituale*.

Barnett e Solum⁶⁶ si sono sforzati di capire come storia e tradizione possano essere impiegati in qualche modo in ausilio e a conferma dell'originalismo del significato pubblico originario, ma in tal modo si resta nella tradizione nota dell'originalismo. A nostro avviso, invece, specificamente *Dobbs* ha indicato una via rispetto alla quale la stessa fase costituente è in qualche modo manifestazione, espressione di un processo storico risalente. Si tratta, appunto, del sentimento «pro-

⁶⁶ R.E. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, «Northwestern University Law Review», vol. 118, 1, (2023), pp. 1 ss.

fondo» del popolo americano nella sua storia, cosa che, ovviamente, potrebbe anche portare ad una trasformazione, in futuro, dei criteri tramandati. Questa idea della storia va quindi oltre quanto detto da alcuni commentatori della sentenza, come Barnett e Solum, relativamente alla “storia della costituzione” e quindi delle sentenze; si tratta, piuttosto, per come noi abbiamo capito la sentenza, di una storia della cultura e della civiltà, in questo caso degli Stati Uniti e ovviamente dell’Occidente.

Lo stesso dicasi per l’uso della “tradizione”, che a noi non sembra poter essere identificata con le consuetudini, ma ha a che fare anche qui con quanto, in generale e a vari livelli, viene tramandato di generazione in generazione: tradizione non è solo ciò che resta identico, ma è anche, sempre, ciò che cambia nella permanenza. Come che sia, l’idea di storia implica quella di tradizione; non è soltanto il ricordo di quanto è accaduto in passato, ma la spiegazione di ciò che accade in quanto accade in una tradizione, che è fatta, naturalmente, anche di rotture. Storia e tradizione, quindi, non sono strumenti per l’interpretazione del testo costituzionale canonico, ma i fondamenti di legittimazione della “costituzione” del popolo degli Stati Uniti d’America, che è fatta anche del testo, ma che è soprattutto da riscontrare nel modo di essere del popolo, dove ‘essere’ sta per vivere e pensare, sentire, operare e sperare.

Che l’interpretazione di storia e tradizione del popolo, considerando quindi il criterio un aggiornamento di quello savigniano del *Volksggeist*, porti ad una vera e propria rivoluzione, che va quindi ben oltre anche il metodo “originalista”, lo riconoscono anche Solum e Barnett: «Se la storia e la tradizione vengono trattati come la fonte diretta della costruzione costituzionale, qualcosa di diverso dall’originalismo sarà in funzione nella zona di costruzione [costituzionale]. Se pratiche accettate che sorgono ben dopo l’adozione della norma costituzionale – diciamo nel 1937 o nel 1952 – forniscono la base per una decisione giudiziale, questo è un approccio non-originalista perché non è derivato dallo scopo originale del provvedimento adottato nel 1789, nel 1791 o nel 1868»⁶⁷.

⁶⁷ R.R. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs*, cit., p. 15.

Il tradizionalismo storico non è dunque comparabile con l'originalismo ed anzi, come ho detto, lo interpreto come una sorta di ritorno alle origini europee del *common law*. Certo, l'obiezione degli originalisti su questo metodo "europeo" contrasterebbe con l'originalismo anche per quanto riguarda la limitazione del giudice nel suo potere interpretativo, ovvero con uno degli aspetti positivi del metodo originalista, quello di costringere il giudice ad attenersi ad un testo. Il problema è che il testo canonico è oggettivamente troppo antico e che anzi proprio il metodo del tradizionalismo storico potrebbe fissare dei paletti, per un giudice in buona fede, che è sempre difficile determinare rispetto ad un testo, aperto a più interpretazioni. Ma l'errore dei critici originalisti – che forse si spiega con la breve storia della nazione americana – consiste nel ritenere il tradizionalismo storico applicabile anche a storie recenti, per esempio alle politiche del *New Deal* protrattesi per vari anni. Il *Volksgeist* di Savigny non era propriamente da intendersi in questo modo.

Naturalmente, la sentenza è stata sottoscritta da sei giudici e il giudizio che ognuno di essi può darne anche al di là del testo naturalmente differisce. È stato specialmente Clarence Thomas, uno dei giudici più anziani, a vedere in *Dobbs* – a mio avviso interpretandola in quanto giurista e non giudice, in maniera chiaramente ideologica, cosa che è nel suo diritto – una sorta di "grimaldello" verso altre sentenze ugualmente rivoluzionarie rispetto a sentenze precedenti. Bisogna conoscere il meccanismo procedurale della Corte suprema per capire e giudicare correttamente: ogni giudice che vota esprime la sua opinione, che può essere di adesione, di concorrenza e di dissenso. Nella sua opinione il giudice Thomas ha voluto esprimere il suo parere (che è il parere di un giudice, non del collegio giudicante) e cioè che «in casi futuri noi dovremmo riconsiderare tutti i precedenti materiali di *due process* di questa Corte, inclusi *Griswold*, *Lawrence* e *Obergefell*»⁶⁸ (p. 3), ovvero il diritto delle persone coniugate di ottenere contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*), il diritto di avere atti sessuali consensuali in privato tra omosessuali (*Lawrence v. Texas*) e il diritto ai matrimoni tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*).

⁶⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 119.

La posizione del giudice Thomas è stata ritenuta addirittura alternativa a quella di Alito, nel senso che la metodologia interpretativa propugnata da Thomas mirerebbe a «riformare la nostra giurisprudenza nazionale in maniera più fondamentale, smantellando la finzione del “due process”», questo di contro al metodo di Alito, che resterebbe, sempre secondo questa impostazione (che a me pare chiaramente politicizzata) nella «prestidigitizzazione giuridica usata per creare un “diritto” all’aborto»⁶⁹. Si tratta, in altri termini, di stabilire che il riferimento alla “libertà” nel Quattordicesimo Emendamento non protegge un diritto all’aborto della donna perché il *due process* sostanziale è un’invenzione della giurisprudenza⁷⁰: quello che può essere “dovuto” in un processo deliberativo non è il contenuto della legge, ma il rispetto delle procedure e delle formalità, semmai, in accordo con la tradizione giuridica britannica, relativa al *law of the land*. Altrimenti, si sostiene, la Corte suprema si potrebbe sostituire agli Stati dettando il contenuto delle leggi e non solo il rispetto delle procedure, da un lato, e la conformità alla Costituzione (sia pure intesa in senso ampio), dall’altro. La distinzione fondamentale riguarderebbe però, in sostanza, il contrasto tra coloro che sostengono che solo i diritti esplicitati in Costituzione sono diritti e vanno difesi di contro a coloro i quali, come abbiamo già visto, sostengono la tesi dei diritti “*unenumerated*” in uno con il *due process* “sostanziale”, che, per Thomas, nel parere concorrente, è «l’ispirazione centrale di molti giudizi politici della Corte privi di ancoraggio nella Costituzione».

Ci si può chiedere allora su quale base Clarence Thomas ha votato a favore del rovesciamento di *Roe*. La ragione è esplicitata dallo stesso Thomas: «La Corte spiega bene perché, sulla base dei nostri prece-

⁶⁹ B.C.S. Watson, *Restoring the Constitution. Clarence Thomas dismantles the fiction of substantive due process*, «Claremont Review of Books», Fall 2022, p. 56.

⁷⁰ Il *due process* sostanziale, è stato osservato da B.C.S. Watson, *Restoring the Constitution*, cit., p. 57, «ha autorizzato e incoraggiato i giudici ad inventare una pletora di nuovi diritti, incluso il diritto all’aborto». Il “*due process*” interpretato in maniera sostanziale e non procedurale non è stato proprio soltanto della giurisprudenza “liberal”, ma risale almeno alla nota sentenza *Lochner* del 1905, che interveniva sul merito della questione in difesa della libertà assoluta del datore di lavoro e dei principi del *laissez-faire*. Erano stati i giudici nominati da Roosevelt a mettere già in discussione questa interpretazione “sostanzialista” della *due process clause*, mettendo appunto in discussione, già dal 1937, la sentenza *Lochner*.

denti sul *due process* sostanziale, il presunto diritto all'aborto non è una forma di "libertà" protetta dalla *Due Process Clause*», secondo quanto appunto argomentato da Alito. In merito agli effetti l'opinione del giudice Brett Kavanaugh sottolinea (senza argomentare come Thomas) che la decisione della Corte non mette fuori legge l'aborto negli Stati Uniti: «Al contrario, la decisione della Corte giustamente lascia la questione dell'aborto al popolo e ai suoi rappresentanti eletti entro il processo democratico»⁷¹. Non a caso, il parere concorrente del Presidente della Corte, John Roberts, sottolinea una presa di distanza da entrambi gli schieramenti sottolineando la loro mancanza di dubbi su una materia esposta invece esattamente alla difficoltà di una decisione univoca. In un certo senso la posizione di Roberts rappresenta una critica ad entrambe le posizioni, ma specialmente alla parte dissenziente, per la quale, per esempio, la sentenza permetterebbe al governo federale di vietare l'aborto su scala nazionale, tesi che nel sistema federale americano vigente sembra più uno spauracchio che una prospettiva reale.

In realtà, *Dobbs*, a parte anche i giudizi dissenzienti degli altri giudici, raddrizza dal punto di vista tecnico quella che molti altri giuristi in America hanno correttamente definito una "aberrazione". Non si può più, comunque, tacere il fatto che le sentenze della Corte nella seconda metà del Novecento hanno di fatto imposto una concezione del diritto e della vita sociale fondata sostanzialmente su una concezione radicalmente individualistica della libertà, che è certamente un principio essenziale della civiltà occidentale e specificamente americana, ma non esclusivo o unico. Le sentenze della Corte, specificamente relative all'aborto, sono state in qualche modo una conseguenza anche logicamente inevitabile di questa rappresentazione fortemente individualistica⁷² del principio di libertà, inteso come l'essenza dell'esperimento americano (cosa in parte vera, ma che tralascia di considerare il lato ugualmente vero della dimensione comunitaria o per lo meno dell'a-

⁷¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 8.

⁷² In una nota sentenza della Corte suprema si legge: «Se il diritto alla *privacy* significa qualcosa si tratta del diritto dell'individuo, che sia sposato o single, ad essere libero dalle intrusioni non volute del governo in affari che toccano in maniera così fondamentale una persona come la decisione se avere o generare un figlio» (*Eisenstadt v. Baird*).

spirazione comunitarista di molti americani). Educazione, religione e matrimonio sono istituzioni che inevitabilmente risentono dell'idea di libertà, se intesa cioè in senso comunitario o individualistico e di fatto la Corte si è lasciata sempre più dominare, in tutta una serie di sentenze, in materia e oltre, da convinzioni che hanno sempre presupposto, anzi presupposto in misura crescente, il primato del singolo sulla collettività, nella fattispecie sottraendo la regolazione di materie sensibili come matrimonio, aborto, religione alla decisione legislativa in nome del primato dell'autonomia individuale. Come dire che il nesso tra il singolo e l'organizzazione politica è stato reciso: i governi non hanno alcun potere di regolazione di tutto ciò che ha a che fare con la sfera individuale. Senza entrare nel merito di questa posizione, è evidente che essa afferma una scelta politica e morale, che può essere giusta, ma che comunque coincide con una scelta politica squisitamente soggettiva.

Conclusioni

La Corte suprema americana è per la prima volta nella sua storia composta in maggioranza da giudici di orientamento dottrinale “originalista” e questo implica che non solo nel caso della sentenza *Dobbs*, ma anche in altri in futuro, essa possa “overturn” decisioni precedenti che non si sono adeguate al criterio originalista della interpretazione secondo l'intenzione originaria. Ovviamente, nemmeno i critici più aspri della sentenza *Dobbs* pensano, per esempio, che si possa far resuscitare la sentenza *Plessy v. Ferguson* del 1896 e tornare al principio “separati ma eguali” relativamente alla distinzione razziale. Del resto, se la Corte non avesse argomentato sul suo diritto/obbligo di annullare proprie sentenze precedenti, *Plessy* non avrebbe potuto essere annullata dalla sentenza *Brown v. Board of Education* del 1954 e l'America avrebbe ancora la segregazione razziale nelle scuole, per non parlare di molte altre sentenze addirittura padronali, più che conservatrici, della Corte nella cosiddetta “età dell'oro” americana, più o meno dal 1870 al 1900⁷³.

⁷³ Sentenze sull'orario minimo di lavoro, sul salario minimo sulla protezione dei consumatori ed altre, tutte a favore di un sistema capitalistico senza regole e senza limiti.

Resta il fatto che la sentenza *Dobbs* è certamente una sentenza politica, ma è politica perché politiche erano le sentenze precedenti, a partire da *Roe* del 1973. L'affermazione che i giudici conservatori avrebbero violato l'ordinamento costituzionale americano è priva di senso. Innanzitutto, è bene ricordare un fatto banale, ma non privo di importanza almeno per una Costituzione che si occupa del diritto di portare le armi: la Costituzione americana non parla di aborto né direttamente né indirettamente, né per vietarlo né per consentirlo. Il Presidente Biden ha proposto che il Congresso codifichi *Roe*, cioè faccia una legge che recepisca il contenuto della sentenza del 1973 sulla base del Quattordicesimo Emendamento che dava al Congresso il potere di imporre i principi dell'Emendamento. È stato obiettato che però questo potere il Congresso non lo ha: così, per esempio, Thomas J. Molony sul *Wall Street Journal* del 4 luglio 2022, richiamandosi ad alcune sentenze della Corte suprema che affermano che il Congresso non ha il potere di modificare il Quattordicesimo Emendamento nella sua sostanza. Ugualmente l'idea di rifarsi alla *Commerce Clause* sul commercio interstatale trova un blocco in tutta una serie di sentenze della Corte suprema che non è il caso qui di citare; ma allora cosa conta negli Stati Uniti, il potere del popolo (*We, the people*, anche se è l'incipit della dichiarazione di Indipendenza) o il potere di nove uomini e donne in nero?

Dando per scontato che il Congresso non può "overturn" la sentenza della Corte in quanto poteri indipendenti, ognuno dei quali contrappeso dell'altro, secondo l'idea originale, cosa significa allora la sentenza *Dobbs*? Per quelli che ne difendono il contenuto si tratta di garantire l'indipendenza dei giudici, per quelli che la contestano si tratta di una sentenza puramente politica di sei persone retrograde e senza coscienza. Dov'è non tanto la verità, ma il giusto mezzo di una riflessione? Innanzitutto, la sentenza non entra nel merito: non giudica l'aborto né positivamente né negativamente; afferma in fondo solo che l'aborto non rientra tra i diritti individuali protetti dalla Costituzione americana e che la Corte suprema non ha il potere di sostituirsi alla funzione legislativa e a quella esecutiva, tanto meno imponendo una legge sulla base di interpretazioni giuridicamente infondate. Né è a dire che la Corte ha abrogato il principio dello *stare decisis*, non solo perché in realtà, abrogando *Roe*, si è rifatta ad una precedente senten-

za della stessa Corte che nel 1997, nel caso *Washington v. Glucksberg*, aveva affermato che non esiste nessuna base costituzionale per nessun diritto individuale pur preteso da qualcuno che non sia “enumerated” e che non rientri nella tradizione e nella storia della nazione; ma di fatto, come ha correttamente osservato Akhill Reed Amar, «i precedenti della Corte Suprema vincolano rigorosamente le corti inferiori, ma non la stessa Corte suprema. In verità, una funzione essenziale della Corte è quella di riformare decisioni precedenti sbagliate o antiquate. Nell’ultimo secolo la Corte ha annullato se stessa circa due volte all’anno – più o meno lo stesso tasso al quale la Corte ha annullato atti del Congresso»⁷⁴. In particolare, fu la Corte Warren, quella più liberale, ad aver annullato una quantità di sentenze precedenti.

Dunque, se anche un precedente almeno per la motivazione esiste e se la Corte lo ha già fatto in passato, va però sottolineato che questa volta, rispetto ai casi precedenti, i giudici non lo hanno solo “tacitamente fatto”, ma lo hanno fatto apertamente e argomentato, dichiarando esplicitamente – ed è una tesi rivoluzionaria – che «l’aderenza al precedente non è un ‘comando inesorabile’. Ci sono momenti in cui le decisioni passate dovrebbero essere annullate»⁷⁵. In effetti, nonostante il richiamo a qualche precedente, la sentenza, dopo cinquant’anni e dopo che si era fatta strada l’idea che *Roe* fosse intoccabile, rappresenta un rovesciamento di prospettiva dal punto di vista costituzionale. Se *Roe* non è stata un errore, allora lo è *Dobbs*; in entrambi i casi il sistema americano dovrebbe ripensarsi e riformarsi.

La sentenza *Dobbs* è in effetti una sentenza marcatamente “conservatrice”, ma qual è la funzione del diritto, rovesciare gli ordinamenti giuridici stabiliti o conservarli? Certo, in Italia, e non solo, in passato si è molto parlato di un cosiddetto “uso alternativo” del diritto, ma non è un caso che alla fine l’unico risultato ottenuto è stato quello di fare del giudice un contro-potere, esso stesso conservatore di un ipotetico ordinamento giuridico alternativo a quello esistente. *Dobbs*, da questo punto di vista, segna la riaffermazione del principio della separazione dei poteri da parte del potere un tempo “meno pericoloso”, oggi però certamente più invasivo, appunto il potere giudiziario.

⁷⁴ A.R. Amar, cit., p. 1.

⁷⁵ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 4.

Né vale molto la critica fatta ad Alito di aver ‘svuotato’ l’idea di libertà per aver detto che può avere molti significati⁷⁶; o per libertà bisogna intendere solo quel che qualcuno ritiene essere “libertà”? Non è detto che i diritti possano o debbano essere solo quelli elencati in Costituzione, ma forse che non può esserci un giusto mezzo, evitando che i giudici possano inventare sempre nuovi diritti? Del resto, la sentenza sottolinea vari fattori che per l’appunto consigliavano di abrogare *Roe*: «La natura dell’errore» commesso dai giudici di *Roe*, «la qualità del loro ragionamento, la “operabilità” delle regole che hanno imposto al paese, il loro effetto dirompente su altre aree del diritto e l’assenza di un affidamento concreto»⁷⁷, tutte argomentazioni che a mio avviso possono essere certamente discusse, ma proprio in quanto discutibili rinviano ad un sano modo di argomentare per così dire “old style”, ovvero ancora squisitamente giuridico.

Riportando il potere giudiziario nei suoi limiti (che poi ci resti o meno in futuro, questo è un altro discorso), ovvero modificando le trasformazioni che sono state prodotte nella struttura giuridico-politica americana a partire dal New Deal di Roosevelt⁷⁸, Samuel Alito e i suoi concorrenti nella sentenza hanno voluto innanzitutto affermare che *Roe* fu una sentenza giuridicamente sbagliata: «*Roe* fu sbagliata sin dall’inizio. Il suo ragionamento straordinariamente debole e la decisione han-

⁷⁶ Così D.A. Gans, *This Court Has Revealed Conservative Originalism to Be a Hollow Shell*, «The Atlantic», July 20, 2022.

⁷⁷ 2265.

⁷⁸ Come ha scritto R. Hittinger, *The First Grace*, cit., p. 184, «non vi è dubbio che viviamo oggi sotto un regime costituzionale alterato, dove le regole non sono più date da un documento scritto ma da corti federali che definiscono i poteri di governo ad hoc, attraverso il loro *case law*. Questo profondo cambiamento dal nostro precedente ordine di governo viene spesso occultato dalla retorica politica e giudiziale, che certamente onora ed anche cita la Costituzione scritta; tuttavia, nella teoria e nella pratica contemporanea, il documento è in realtà un’occasione autoritativa per, più che una norma di, una interpretazione giudiziale. I cambiamenti sono stati ulteriormente oscurati dal fatto che il nuovo regime non è stato ratificato con emendamenti o una convenzione costituzionale». Non che questi cambiamenti siano completamente incostituzionali, anzi, per certi aspetti, va sottolineato il fatto che questo “*regime change*” è in fondo scritto esso stesso nella storia americana a partire dalla sentenza *Marbury v. Madison*, che nessuno ha mai veramente messo in discussione e che è alle origini del nuovo sistema costituzionale americano, per la prima volta messo in discussione dalla sentenza Dobbs.

no avuto conseguenze deleterie. E lungi dal determinare una definizione nazionale della questione dell’aborto, *Roe* e *Casey* hanno infiammato il dibattito e approfondito le divisioni⁷⁹. Non vi è dubbio, come abbiamo visto sopra, che *Roe* fu una sentenza squisitamente politica e che da allora il popolo americano è stato radicalmente diviso⁸⁰ tra *pro-life* e *pro-choice*. Che del resto *Roe* fosse una sentenza giuridicamente errata è dimostrato anche dal fatto che nel corso degli anni altre sentenze della Corte hanno cercato di porre dei limiti al “diritto” di abortire stabilito da *Roe*, per esempio la sentenza *Webster* del 1989, mentre la stessa sentenza *Casey* alla fine dovette unicamente rifarsi al principio dello *stare decisis* per non dover abrogare *Roe* (ma *Casey* è interessante anche in quanto ammissione dichiarata sul ruolo politico della Corte suprema).

Nel 2005 fu pubblicato un libro dove undici giuristi americani tornavano a discutere *Roe* per dire la loro su come la sentenza avrebbe dovuto essere argomentata, in gran parte a favore del merito, ovvero del riconoscimento, anzi della creazione di un diritto all’aborto⁸¹.

Le argomentazioni dei giuristi favorevoli sono interessanti perché, pur nella diversità delle motivazioni addotte (in sostanza riconducibili alla libertà e all’eguaglianza), fanno intuire che dietro il dibattito giuridico c’è qualcosa di più sostanziale e di più consono al modo di pensare della modernità ultima, piaccia o meno. Si tratta, in definitiva, del rifiuto della natura in nome della autonomia dell’individuo: l’aborto viene difeso perché altrimenti la donna verrebbe abbandonata alla dura legge di natura che vuole che sia essa e non l’uomo a condurre il processo di gravidanza. Questa “ingiustizia” della natura non è una condanna inevitabile, perché l’azione umana può “raddrizzare” la violenza che la natura (o Dio?) ha esercitato ed esercita sul corpo delle donne. L’aborto, il “diritto” di abortire, è lo strumento di uguagliamento della donna all’uomo e non a caso non è al principio della *privacy* che i giuristi radunati da Balkin e favorevoli a *Roe* fanno riferimento, ma per l’appunto alla clausola di eguaglianza.

⁷⁹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), p. 6.

⁸⁰ Cfr. R.T. Anderson, A. DeSanctis, *Tearing Us Apart: How Abortion Harms Everything and Solves Nothing*, Regnery Publishing, Chicago 2022.

⁸¹ J. Balkin (ed.), *What Roe v. Wade should have said*, cit.

Rispetto a questa posizione non è facile, anzi è impossibile argomentare contro, perché non è una tesi discutibile o, volendo usare l'epistemologia di Popper, falsificabile: è una convinzione personale, una scelta di valore. Per questi giuristi la natura è cattiva perché tratta in maniera disuguale gli uguali e rispetto a questa violenza della natura la società deve difendersi con il "diritto". È però qui che la tesi contraria può provare a farsi valere argomentando su "cosa è diritto": naturalmente, anche in questo ambito della teoria o filosofia del diritto nulla può obiettarsi a chi identifica il diritto con la morale e quindi con le scelte di valore soggettive. Si può soltanto far valere la tesi che diritto e morale, benché non separati, sono regni distinti e che la logica del diritto non è la logica della morale. Cosa si potrebbe del resto obiettare contro la tesi di Jed Rubenfeld, che vede nel riconoscimento del diritto all'aborto un capitolo della storia della lotta contro il totalitarismo⁸²? E cosa obiettare a Jack Balkin, che riscrivendo la sentenza *Roe* dopo trent'anni si richiama al principio di uguaglianza e vede nella donna che non ha il diritto di abortire un cittadino di seconda classe rispetto all'uomo?

La verità è che viviamo in un'epoca di individualismo degenerato, che ha travolto tutti i confini non soltanto morali ed etici, dipendenti dal rispetto della comunità e dal senso dello Stato, ma anche logici e linguistici (le due cose, del resto, si tengono: la corruzione della lingua corrompe la logica intellettuale). Nessuna conversazione è oramai possibile in un'epoca che rifiuta la possibilità stessa di trovare un limite al proprio "desiderio", affermato come diritto non di un soggetto, di un individuo o di una persona, ma di uno "status" (più o meno presunto) o di una condizione eretta a dimensione esistenziale. Lo Stato di diritto è stato il regno dei diritti pubblici soggettivi, ma questo regno si è dissolto da tempo: non più diritti pubblici, che presuppongono una relazione, un rapporto tra il singolo e il potere, ma pura pretesa che disconosce pregiudizialmente la legittimità dell'autorità, anzi pure pretese che non si rivolgono ad un referente individuabile (per esempio lo Stato), ma ad un'astrazione indeterminabile. Così i diritti si frantumano come si frantuma il soggetto individuale. Già

⁸² Cfr. J. Rubenfeld, *Concurring in the judgement except as to Doe*, in J. Balkin (ed.), *What Roe v. Wade should have said*, cit. pp. 134 ss.

Bobbio molti anni fa notava l'avvento della «specificazione»⁸³, che oggi è semplice disgregazione del singolo nei suoi “stati” (non più solo anziano, invalido, povero ecc., ma “migrante”, lesbica, binario e via dicendo), sempre più spesso assolutizzazione di condizioni contingenti o peggio di meri capricci: il non voler essere donna, il voler-essere altro da quello che si è per natura, tutte pretese innalzate a “diritti” in nome della ideologia cosiddetta “gender”, che giuridicamente non significano nulla o nulla dovrebbero significare in una società ordinata.

Come che sia, resta un fatto che anche per i giudici che per celia hanno provato a riformulare *Roe*, le tesi di Blackmun⁸⁴ e dei suoi colleghi restano comunque giuridicamente insostenibili e questo è più che sufficiente a confermare il fatto che la sentenza del 1973 fu una sentenza politica e che bene hanno fatto i giudici della Corte Roberts ad abrogarla, con una assunzione di responsabilità verso il loro paese e la storia della nazione americana.

Non possiamo, in questa sede, entrare in un dibattito sul concetto di civiltà, di storia, di tradizioni. Nella storia si può trovare una convinzione o un uso, ma anche l'uso o la convinzione opposte. Ciò nonostante, credo che nessun uomo di cultura possa contestare la possibilità di cogliere, nella tradizione, un “racconto” prevalente, per così dire più profondo e più radicato. Non è certo una conclusione certissima, ma almeno può avere dalla sua il conforto della casistica. Né avrebbe senso obiettare che anche dove “apparentemente” l'aborto non era un diritto però le donne lo praticavano con pericoli e in modi anche squallidi. Certamente questo è vero (per non voler ricordare i tempi in cui non si sopprimevano i feti, ma i neonati, dovunque nel mondo), ma resta pure il fatto che si trattava di comportamenti fattualmente devianti e quindi non espressione della storia, delle tradizioni della nazione americana, almeno di quella che si ritrovava intorno ad una comune coscienza e a leggi approvate senza violenza. Il fatto che gli Stati avessero una legislazione antiabortista può essere

⁸³ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. 62-63.

⁸⁴ Che le argomentazioni di Blackmun fossero confuse giuridicamente e insostenibili logicamente fu alla fine riconosciuto dal loro stesso autore, che si decise a scrivere un addendum per spiegare quello che aveva detto: cfr. J. M. Balkin, *Roe v. Wade. An Engine of Controversy*, cit., p. 42.

oggi condannato dall'alto della cosiddetta coscienza moderna, ma non è la coscienza che è stata oggettivamente dominante nel passato. Qui si comprende anche il ruolo che svolge la cosiddetta "cancel culture", la quale, dinanzi a questa verità, mira semplicemente a cancellarla, e con essa i fatti, la coscienza, la storia.

Come che sia, la sentenza *Dobbs*, nonostante i giudizi superficiali che sono stati dati su essa, non chiude per nulla il dibattito sull'aborto negli Stati Uniti. Abbiamo già visto come i movimenti *pro-choice* si stanno riorganizzando per nuove battaglie, ma va detto che anche sul fronte opposto non manca chi vorrebbe una legge federale che vieti a livello nazionale l'aborto sulla base di una dichiarazione di verità oggettiva relativa alla qualità di persona del feto sin dalla fecondazione⁸⁵. La battaglia⁸⁶, dunque, continuerà anche dopo *Dobbs* e questo proprio sul terreno della democrazia. Penso che inevitabilmente, per la tradizione propria degli Stati Uniti, la questione si sposterà anche sul terreno delle interpretazioni giuridiche e non potrà non toccare, alla fine, il punto nevralgico dell'ordinamento americano, la fattuale immutabilità di una Costituzione che con tutti i suoi pregi intellettuali è oramai una Costituzione irrimediabilmente invecchiata e anche, proprio per questo, piaccia o meno, oggettivamente rischiosa.

⁸⁵ Cfr. A. Arkes, *The End of the Beginning of the End of Abortion*, «First Things», June 24, 2022: «Possiamo essere grati per la decisione in *Dobbs*, ma se il popolo americano arrivasse ad assorbire ora l'idea che l'esistenza della vita umana non implica nessuna verità oggettiva, che il rispetto della vita dipende dalla mutabilità delle opinioni che si aggirano intorno a noi, possiamo seriamente dubitare che la Corte stia riformando per il meglio le sensibilità di persone che riempiranno questo paesaggio tutto intorno a noi. Sicché, di nuovo, questa è la fine dell'inizio ed ora il lavoro comincia di nuovo».

⁸⁶ La difficoltà di una soluzione concordata sta anche nel fatto che gli argomenti opposti mostrano una coerenza intima, ma risultano «concettualmente incommensurabili»: così A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, II. ed. University of Notre Dame Press, Notre Dame (IN) 1984, pp. 6-8.