

DIRITTO E SOCIETÀ

4/2023

Maria Vittori

ATTIVISMO GIUDIZIARIO
NEL CIRCUITO DELLE ALTE CORTI
PER LA CREAZIONE DI NUOVI DIRITTI.
IL CASO *DOBBS* DELLA CORTE SUPREMA USA:
UNA INVERSIONE DI TENDENZA?

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI 2023

ISSN 0391-7428

ATTUALITÀ

*Attivismo giudiziario nel circuito delle Alte Corti per la creazione di nuovi diritti. Il caso Dobbs della Corte Suprema USA: una inversione di tendenza?**

Maria Vittori

SOMMARIO: 1. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* contro *Roe v. Wade*: due sentenze epocali di segno opposto sulla questione controversa dell'aborto. – 2. *Roe v. Wade*: l'affermazione del diritto costituzionale della donna all'aborto volontario. – 3. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*: la conferma di *Roe v. Wade* e l'affermazione di un nuovo *standard* per la valutazione delle legislazioni statali in materia di aborto. – 4. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*: la Corte annulla *Roe v. Wade*, pone fine alla finzione del diritto costituzionale all'aborto e restituisce ai Parlamenti degli Stati federati il potere di regolamentare l'aborto. – 4.1 La legislazione del Mississippi: il divieto di abortire prima della *viability*. – 4.2 L'*opinione* di maggioranza di Justice Alito: a) l'inesistenza di un diritto all'aborto all'interno della Costituzione. – 4.3 *Segue*: b) la necessità di annullare i precedenti in materia di aborto alla luce della dottrina dello *stare decisis*. – 4.4 *Segue*: c) la corretta delimitazione delle sfere di competenza in materia di aborto tra Stati federati e Corte Suprema USA. – 5. Attivismo giudiziario nel circuito delle Alte Corti: una inversione di tendenza. – 6. La *Due Process Clause* secondo la *concurring opinion* di Justice Thomas: originalismo nell'originalismo. – 7. Conclusioni. L'aborto negli USA dopo *Dobbs*.

1. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* contro *Roe v. Wade*: *due sentenze epocali di segno opposto sulla questione controversa dell'aborto*. – Nella sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹ (in seguito, *Dobbs*) del 24 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha dichiarato che la Costituzione americana non garantisce il diritto ad abortire. La pronuncia ha annullato due celebri precedenti della Corte, *Roe v. Wade*² (in seguito, *Roe*) e *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* (di seguito, *Casey*)³.

Con la decisione di *Roe*, nel 1973, la Corte Suprema aveva riconosciuto l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto volontario, a prescindere dalle

* Contributo in corso di pubblicazione in un volume dedicato al processo politico, a cura di P. Panzarola, A. Merone, F. Santagada, C. Leotta, per la collana "Studi Giuridici Europei" della casa editrice Giappichelli.

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

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

ragioni mediche legate alla salute della donna o del feto e insuscettibile di subire limitazioni almeno fino alla *viability*, ossia al momento in cui il feto ha «capacità di vita significativa al di fuori dell'utero materno»⁴.

Prima di *Roe*, l'aborto volontario era considerato un crimine nella stragrande maggioranza degli Stati Uniti. Nel 1973 le legislazioni di 30 su 50 Stati sanzionavano la procedura ad ogni stadio della gravidanza, salvo il caso in cui si rendesse necessario eseguirla per salvare la vita della madre. Per effetto della decisione, tali legislazioni divennero incostituzionali e la questione dell'aborto fu sottratta alla potestà normativa degli Stati. Essi da quel momento non poterono più tutelare la vita del nascituro, se non a partire dalla *viability*⁵, vale a dire una fase molto avanzata della gravidanza.

Con la sentenza *Dobbs*, la Corte Suprema ha dichiarato che *Roe* si era basata su una ricostruzione storica falsa⁶ e aveva interpretato erroneamente il dettato costituzionale. Di conseguenza, ha annullato il precedente e ha restituito agli Stati federati la competenza a legiferare in materia di aborto, come avveniva prima del 1973.

La sentenza *Dobbs* presenta più di un profilo di enorme interesse⁷. Non

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, I, 163.

⁵ All'epoca di *Roe* l'inizio della viabilità del feto, ossia del momento in cui il feto ha raggiunto uno sviluppo tale da essere in grado di sopravvivere al di fuori dell'utero materno, si collocava intorno alla ventottesima settimana di gravidanza; cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, IX, B, 160.

⁶ Sull'atteggiamento del diritto romano nei confronti dell'aborto procurato, cfr., nella dottrina italiana, M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006; ID., Curator ventris. *Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino 2012; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, Milano 1971.

⁷ Sulla sentenza *Dobbs*, cfr., tra gli altri, G. RAZZANO, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in *Giustizia Insieme*, 24 giugno 2022; G. DORIA, *A proposito di Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: quali le implicazioni della recente sentenza della Corte suprema USA sul dibattito nazionale italiano*, in *ForoNews*, 28 giugno 2022; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Elisione di un diritto costituzionale: l'overruling di Roe v. Wade*, *ivi*, 13 luglio 2022; F. VARI-M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema degli Stati Uniti*, *ivi*, 26 luglio 2022; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti supreme e salute*, 2022, II, 393 ss.; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, XV, 73 ss.; G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, III, 610 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2022, 5 ss.; V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, IV, 1423 ss.; G. CAPORALI, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2022, XXXIV, 38 ss.; A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *BioLaw Journal*, Special Issue I, 2023, 63 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *ivi*, 87 ss.; P. VERONESI, *Il «caso Dobbs»: originalismo e crisi del costituzionalismo negli States*, *ivi*, 105 ss.; A. RIDOLFI, «Roe and Casey are overruled». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, 2023,

solo, come detto, costituisce un radicale cambio di paradigma sulla controversa questione dell'aborto rispetto a quasi cinquant'anni di precedenti, ma investe le tematiche del principio democratico, della sovranità popolare, dell'equilibrio tra potere legislativo e giudiziario, delle sfere di competenza spettanti ai due poteri.

2. *Roe v. Wade: l'affermazione del diritto costituzionale della donna all'aborto volontario.* – Nel caso che aveva dato origine a *Roe*, la Corte Suprema era stata chiamata a esprimersi sulla legge penale del Texas, che considerava l'aborto procurato o tentato come crimini, eccetto il caso di pericolo per la vita della madre. Alla Corte era stato chiesto se in tal modo fosse violato il diritto costituzionale della donna ad ottenere un aborto sicuro e legale⁸. Nella prospettiva dei ricorrenti, la legislazione texana era considerata incostituzionale perché il diritto all'aborto doveva ritenersi implicitamente tutelato dalla *Due Process Clause* del XIV emendamento della Costituzione americana⁹, che garantisce la libertà individuale di compiere scelte nella propria sfera privata a riparo dall'ingerenza del potere statale (c.d. diritto alla *privacy*)¹⁰.

Il percorso argomentativo con cui nel 1973 la Corte Suprema affermò l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto, in aperto contrasto con le previsioni contenute nella maggioranza delle legislazioni statali, si compone di una serie di passaggi, che è opportuno ripercorrere, sia pure sinteticamente.

La motivazione si basava essenzialmente su quattro argomentazioni: la storia dell'aborto da un punto di vista giuridico e medico; la finalit  degli Stati nel legiferare in materia di aborto; il diritto costituzionale all'aborto come espressione del diritto alla *privacy*, tutelato dal XIV emendamento della Costituzione americana; il bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

Innanzitutto, la pronuncia aveva sostenuto che le leggi penali statali restrittive in materia di aborto, introdotte per lo pi  nel XIX secolo, rappresentavano una tendenza legislativa relativamente recente e unica nella storia giuridica

I, 1 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, III, 197 ss.

⁸ La controversia era nata dall'azione di una donna nubile, Jane Roe, che aveva chiesto alla Corte Suprema una sentenza dichiarativa dell'incostituzionalit  delle leggi penali sull'aborto del Texas, che le vietavano di ottenere un aborto, siccome la sua gravidanza non presentava complicanze tali da costituire un pericolo per la sua vita. Roe aveva sostenuto che interrompere la gravidanza in modo sicuro, ossia tramite l'intervento di un medico, fosse un suo diritto costituzionale, riconducibile all'ambito della *privacy*.

⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, V, 129.

¹⁰ Su di esso cfr., nella dottrina italiana, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma 1974; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli 2017.

dell'umanità, siccome il divieto di abortire, specie nelle prime fasi della gravidanza, non aveva precedenti né nella storia antica né nella *common law*¹¹.

La Corte Suprema aveva succintamente descritto l'attitudine nei confronti dell'aborto nell'antichità classica greca e romana, asserendo l'assenza di qualunque divieto, giuridico o religioso, della pratica e mostrando che la tutela del concepito era funzionale unicamente alla realizzazione dell'interesse paterno alla discendenza¹².

Il giuramento di Ippocrate, canone della deontologia medica di ogni tempo, che espressamente proibisce al medico di praticare aborti, veniva declassato dalla Corte a prodotto di una corrente filosofica minoritaria, la cui fama si doveva unicamente al successo riscosso in ambito cristiano in epoca medievale¹³.

Sotto il profilo più strettamente giuridico, i giudici avevano sostenuto che la *common law* non supportasse il divieto di aborto ad ogni stadio della gravidanza, siccome non vi era traccia di un reato siffatto, quantomeno rispetto agli aborti realizzati prima del c.d. *quickening*, ossia della comparsa dei movimenti del feto¹⁴.

Quanto al profilo medico, la Corte Suprema aveva dato risalto all'evoluzione dell'atteggiamento dei professionisti del settore nei confronti dell'aborto. Nella seconda metà del XIX secolo, l'*American Medical Association* aveva condannato la pratica abortiva ad ogni stadio della gravidanza, quale uccisione diretta di un essere umano non ancora nato, giustificabile solo di fronte al pericolo di vita della madre¹⁵. Tuttavia, nel 1967 la stessa associazione aveva riconosciuto l'esistenza di un maggior numero di eccezioni al divieto di aborto, come il pericolo per la salute della madre, la diagnosi di malformazioni nel feto e il concepimento avvenuto a seguito di stupro o incesto¹⁶. Infine, nel 1970, al tempo delle prime liberalizzazioni dell'aborto da parte di alcune legislazioni statali, all'interno

¹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, V, 129.

¹² Ivi, VI, 1, 130.

Dimostrano l'opposto di quanto sostenuto dalla Corte, nell'esperienza giuridica romana, P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, vol. I, Torino 1990; ID., *Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai diritti dei nascituri*, in A. TARANTINO (a cura di), *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milano 1996, 131 ss.; ID., *L'inizio della 'persona umana' secondo il diritto romano*, in A. TRISCIUOGGIO (a cura di), «Valori e principi del diritto romano». *Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, Torino 12 ottobre 2007, Napoli 2009, 33 ss.; M. P. BACCARI, *La difesa del concepito*, cit.; ID., *Curator ventris*, cit.

¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VI, 2, 131 s.

¹⁴ Ivi, 3, 133 s.

La comparsa di movimenti nel feto si colloca intorno alla sedicesima e la diciottesima settimana di gravidanza. Tale circostanza indicava un punto decisivo nella gravidanza, perché si riteneva che la comparsa dei movimenti fosse legata all'acquisto da parte del feto della forma umana e/o dell'anima. A partire dal *quickening* la *common law* tutelava la vita del nascituro e lo riconosceva quale soggetto autonomo e distinto dal corpo della madre, ma, secondo la Corte Suprema, non vi era chiarezza circa la qualificazione giuridica dell'aborto come crimine o come reato di minore importanza.

¹⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VI, 6, 141 s.

¹⁶ Ivi, 142 s.

dell'associazione erano emerse posizioni contrastanti sulla questione e una generale tendenza a riconoscere l'opportunità di eseguire aborti in modo sicuro, in caso vi fosse un parere medico positivo¹⁷.

Con riguardo al secondo blocco di argomentazioni, la Corte si era interrogata sulla legittimità della legge penale del Texas in materia di aborto, introdotta nel XIX secolo, alla luce delle finalità che l'avevano ispirata¹⁸.

Per i giudici, il divieto di aborto ad ogni stadio della gravidanza vigente in Texas non aveva come obiettivo la tutela del concepito, ma unicamente la salvaguardia della salute e della vita della madre¹⁹. Infatti, alla luce delle tecniche mediche disponibili all'epoca dell'introduzione della legge, la procedura abortiva era molto pericolosa e la mortalità dovuta alle complicazioni di un aborto era elevata. Da queste considerazioni la Corte Suprema deduceva che le norme penali che incriminavano l'aborto erano finalizzate a dissuadere la donna da un intervento che avrebbe messo a repentaglio la sua vita²⁰. Le implicazioni di questa interpretazione erano, da un lato, che nella vicenda dell'aborto il solo interesse meritevole di tutela statale era la salvaguardia della salute della gestante; dall'altro, che la disponibilità di tecniche mediche più avanzate, riducendo i rischi della procedura abortiva, avrebbe fatto venir meno l'interesse dello Stato a proteggere la donna dall'aborto, privando di giustificazione il relativo divieto²¹. La Corte osservava, quindi, come queste circostanze si fossero già realizzate con l'avanzamento della scienza medica avvenuto nel XX secolo: nel 1973 un intervento abortivo era relativamente sicuro e il tasso di mortalità per gli aborti realizzati entro il primo trimestre di gravidanza era inferiore al tasso di mortalità per il parto²².

Nel passaggio centrale della motivazione, la Corte Suprema si era chiesta se la scelta della donna di abortire fosse riconducibile al diritto alla *privacy*, ossia al diritto di compiere scelte private senza ingerenze da parte del potere pubblico, asseritamente tutelato dal XIV emendamento della Costituzione, secondo quanto prospettato dai ricorrenti²³.

La Corte aveva osservato che sia il diritto all'aborto sia il diritto alla *privacy* non erano menzionati espressamente nel testo costituzionale.

Nell'aderire alla prospettiva dei ricorrenti, dapprima la Corte Suprema ave-

¹⁷ Ivi, 143.

¹⁸ Ivi, VII, 147 ss.

¹⁹ E ciò benché il Procuratore generale per lo Stato del Texas avesse sostenuto, già in sede di appello dinanzi alla Corte distrettuale, che la legge penale del Texas che vietava l'aborto era finalizzata a realizzare l'interesse impellente dello Stato di proteggere la vita del nascituro dal momento del concepimento, come riporta la stessa pronuncia: cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, IX, 156 s.

²⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VII, 148.

²¹ Ivi, 149.

²² *Ibidem*.

²³ Ivi, VIII, 152 ss.

va richiamato i propri precedenti in materia di *privacy*. La Corte, infatti, già in passato aveva elaborato la nozione di *privacy*, ricavandola in via interpretativa da alcune disposizioni costituzionali. Tale nozione era stata utilizzata in diverse pronunce come base per il riconoscimento in capo ai cittadini della libertà di compiere scelte nel contesto delle relazioni intime, del matrimonio, della procreazione, della contraccezione e dell'educazione dei figli²⁴.

Ritenuta pacifica l'esistenza di un diritto alla *privacy*, la Corte aveva, quindi, affermato che l'interruzione della gravidanza rientrava tra le scelte private della donna che ricadono nella sua sfera individuale. Ciò sulla base di una serie di considerazioni, quali le conseguenze sociali della maternità, le sue ricadute sulla salute, fisica e mentale, e sulla vita privata e familiare della donna, nonché la questione dello stigma sociale derivante dalla nascita di un bambino non desiderato fuori dal matrimonio²⁵.

I giudici della Corte Suprema avevano confermato, infine, la soluzione dei ricorrenti, riconducendo il diritto alla *privacy*, di cui la scelta di abortire era considerata una espressione, alla *Due Process Clause* del XIV emendamento della Costituzione. Essa stabilisce che gli Stati non possono «privare nessuno della vita, della libertà, o della proprietà senza un giusto processo». Tale deduzione si basava su una interpretazione sostanziale del concetto di libertà contenuto nella clausola (c.d. *Substantive Due Process Clause*)²⁶.

²⁴ Ivi, 152.

²⁵ Ivi, 153.

²⁶ Nel suo significato letterale, nonché nella sua interpretazione più risalente, la clausola ha valenza esclusivamente procedimentale e si occupa di garantire i diritti fondamentali di vita, libertà e proprietà rispetto ad interferenze illegittime del potere statale, ossia non rispettose delle forme previste dalla legge. Sul punto cfr. W. J. BROCKELBANK, *Role of Due Process in American Constitutional Law*, in *Cornell Law Review*, 1954, IV, 567; L. G. RATNER, *Function of the Due Process Clause*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1968, VIII, 1049; J. HARRISON, *Substantive Due Process and the Constitutional Text*, in *Virginia Law Review*, 1997, III, 504; R. C. WILLIAMS, *The One and Only Substantive Due process clause*, in *Yale Law Journal*, 2010, III, 420; T. M. TYMKOVICH, *A Workable Substantive Due Process*, in *Notre Dame Law Review*, 2020, V, 1972.

Un nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema aveva sostenuto che questa clausola avesse natura sostanziale, vale a dire che, attraverso il concetto di "libertà", fosse capace di tutelare anche diritti sostanziali non menzionati espressamente nella Costituzione, sottraendoli al potere statale. A proposito di tale interpretazione, cfr. W. J. BROCKELBANK, *Role of Due Process*, cit., 568, in cui l'Autore fa risalire alla decisione *Chicago, M. & St. P. R.R. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890) la moderna interpretazione della *Due Process Clause*, per cui questa include sia diritti sostanziali che procedurali, e E. CHERMERINSKY, *Substantive Due Process*, in *Touro Law Review*, 1999, IV, 1502 ss., che ricorda come la *Substantive Due Process* sia stata ampiamente utilizzata all'inizio del XX secolo dalla Corte Suprema per proteggere le libertà economiche dall'ingerenza del potere pubblico, come nel celebre caso *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), nonché per tutelare le libertà civili.

Tramite l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause*, già prima di *Roe*, la Corte Suprema aveva ricondotto al diritto alla *privacy* alcune libertà esercitabili nel contesto delle relazioni intime, come il possesso privato di materiale osceno, cfr. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969); l'utilizzo di contraccettivi, cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); il matrimonio interraziale, cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); l'educazione dei figli, cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). Sul punto cfr. L. G. RATNER, *Function of the Due Process*, cit., 1057 ss.; E. CHERMERINSKY,

Di conseguenza, i giudici avevano ritenuto che, nel vietare l'aborto, la legislazione penale texana avesse invaso illegittimamente la sfera privata della donna, privandola di una libertà fondamentale e cagionandole un grave pregiudizio.

La Corte, dopo aver osservato che la *privacy* può comprendere solo «diritti personali che possono essere considerati “fondamentali” o “impliciti nel concetto di libertà ordinata”»²⁷, aveva precisato che il diritto all'aborto non aveva carattere assoluto²⁸. La Corte Suprema aveva quindi elaborato uno schema trimestrale, nel quale aveva definito, in base a tre diverse fasi della gravidanza, il bilanciamento tra il diritto della donna e gli altri interessi statali meritevoli di tutela, ossia la salvaguardia della salute della donna e la protezione della “vita potenziale” del concepito²⁹. Secondo tale schema, nel primo trimestre di gravidanza il XIV emendamento conferiva alla donna un diritto all'aborto illimitato, dal momento che in questa fase la procedura abortiva è meno rischiosa di un normale parto. Nel primo trimestre gli Stati non avrebbero potuto apporre alcuna condizione o limitazione al diritto della donna di abortire. Dopo il primo trimestre, in considerazione dei maggiori rischi legati alla procedura, gli Stati avrebbero potuto regolamentare l'aborto, ma solo al fine di tutelare la salute della donna³⁰. Al raggiungimento della *viability*, ossia della capacità del feto di vivere fuori dall'utero materno, all'epoca fissata alla ventottesima settimana di gravidanza, l'interesse statale a proteggere la vita del nascituro raggiungeva una rilevanza pari al diritto individuale della donna: gli Stati avrebbero potuto vietare l'aborto, salvo per il caso di pericolo per la vita o la salute della madre³¹.

Si noti che la Corte Suprema aveva respinto la tesi sostenuta dalla difesa del Texas, per la quale il presupposto del divieto di abortire, all'epoca vigente, era il riconoscimento del concepito come persona, titolare di un autonomo diritto alla vita garantito dalla Costituzione. Nell'ottica della Corte, dal momento che

Substantive, cit., 1505 ss.; D. O. CONKLE, *Three Theories of Substantive Due Process*, in *North Carolina Law Review*, 2006, 71 ss.; R. C. WILLIAMS, *The One*, cit., 423 ss.; T. M. TYMKOVICH, *A Workable*, cit., 1977 ss.

In tempi recenti, la clausola è stata alla base del riconoscimento del diritto costituzionale all'intimità sessuale tra persone dello stesso sesso e al matrimonio tra persone dello stesso sesso: cfr., rispettivamente, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) e *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

Il dibattito sull'ammissibilità di questa interpretazione sostanziale e sui presupposti della sua operatività persiste tuttora: cfr. E. CHEMERINSKY, *Substantive*, cit., 1501; D. O. CONKLE, *Three Theories*, cit., 78 s.; R. C. WILLIAMS, *The One*, cit., 413 s.; T. M. TYMKOVICH, *A Workable*, cit., 1962.

In materia di *Substantive Due Process Clause* cfr., nella vasta dottrina, W. J. BROCKELBANK, *Role of Due Process*, cit., 561 ss.; L. G. RATNER, *Function of the Due Process*, cit., 1048 ss.; J. HARRISON, *Substantive Due Process*, cit., 493 ss.; E. CHEMERINSKY, *Substantive*, cit., 1501 ss.; D. O. CONKLE, *Three Theories*, cit., 63 ss.; R. C. WILLIAMS, *The One*, cit., 408 ss.; T. M. TYMKOVICH, *A Workable*, cit., 1961 ss.

²⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VIII, 152.

²⁸ Ivi, 154.

²⁹ Ivi, IX, 156.

³⁰ Ivi, X, 163.

³¹ Ivi, XI, 164 ss.

l'inizio della vita umana era un problema dibattuto e privo di soluzione definitiva, il diritto alla vita si acquistava con la nascita e la rilevanza giuridica del feto, a discrezione degli Stati, era condizionata al raggiungimento della *viability*³².

3. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey: la conferma di Roe v. Wade e l'affermazione di un nuovo standard per la valutazione delle legislazioni statali in materia di aborto.* – Con la sentenza *Casey* del 1992 la Corte Suprema tornò ad occuparsi di aborto³³.

La pronuncia aveva sostanzialmente confermato la regola di diritto (c.d. *holding*) elaborata vent'anni prima in *Roe*, vale a dire che la tutela della libertà contenuta nella *Due Process Clause* del XIV emendamento della Costituzione comprendeva il diritto della donna ad abortire fino alla *viability*³⁴.

La decisione era il risultato dell'applicazione della dottrina dello *stare decisis*, che prescrive l'efficacia vincolante del precedente giudiziario³⁵.

³² Ivi, IX, B, 160.

³³ Il caso aveva origine dalla richiesta di una pronuncia dichiarativa dell'incostituzionalità di cinque disposizioni del *Pennsylvania Abortion Control Act* del 1982 avanzata da parte di cinque cliniche abortive e alcuni medici che offrivano il servizio di interruzione di gravidanza. Le disposizioni prescrivevano dei requisiti che la donna avrebbe dovuto soddisfare prima di sottoporsi alla procedura abortiva, ad esempio l'attesa di un tempo tra il consenso e lo svolgimento della procedura, il consenso di un genitore se la donna fosse stata minorenni, l'avviso al coniuge, se la donna fosse stata coniugata: cfr. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, I, 844.

Il mantenimento della legislazione della Pennsylvania avrebbe richiesto una parziale riscrittura del precedente *Roe*, che affermava l'esistenza del diritto costituzionale della donna all'aborto volontario fino alla *viability* senza limitazioni da parte dello Stato, salvo quelle necessarie a tutelare la salute della gestante a partire dal secondo trimestre.

³⁴ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, II, 846 ss.

³⁵ Il principio dello *stare decisis*, tratto dalla massima latina "*stare decisis et non quieta movere*", anche definito come "*doctrine of binding precedent*", caratterizza i sistemi di *common law*, che riconoscono un ruolo di fonte primaria al diritto giurisprudenziale. Il principio prescrive la vincolatività del precedente giudiziario e opera sia verticalmente, vincolando le corti inferiori al rispetto dei precedenti della Corte Suprema, sia orizzontalmente, vincolando la Corte Suprema al rispetto dei propri precedenti.

Lo *stare decisis* assolve a dei compiti essenziali per la stabilità dell'ordinamento: garantisce la certezza del diritto; tutela il legittimo affidamento dei consociati, ossia la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti sulla base delle leggi vigenti (c.d. *predictability*); promuove la fiducia nell'azione del sistema giudiziario; garantisce l'uniformità delle sentenze (c.d. *fairness* o *equality*); garantisce l'efficienza del sistema giudiziario di fronte al riproporsi di questioni analoghe a quelle già definite (c.d. *efficiency*): cfr. F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, 1987, III, 600; A. LARRY, *Constrained by Precedent*, in *Southern California Law Review*, 1989, I, 17; Z. BANKOWSKI-D. N. MACCORMICK-L. MORAWSKI-A. RUIZ MIGUEL, *Rationales for Precedent*, in D. N. MACCORMICK-R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting precedents: a comparative study*, Farnham 1997, 488 ss.

Nella decisione *Hohn v. United States*, 524 U.S. 236 (1998) la Corte Suprema USA ha affermato che lo «*stare decisis* è "la via preferibile perché promuove lo sviluppo equo, prevedibile e coerente dei principi di diritto, favorisce l'affidamento nelle decisioni giudiziarie e contribuisce all'integrità effettiva e percepita del procedimento giudiziario"».

Sulla dottrina dello *stare decisis* cfr., tra i contributi in lingua italiana, U. MATTEI, *Stare decisis*.

Sul punto la Corte Suprema, dopo aver osservato che «il concetto stesso di principio di legalità, che sta alla base della nostra Costituzione, richiede una continuità nel tempo tale per cui il rispetto del precedente è, per definizione, indispensabile»³⁶, aveva ricordato che la propria facoltà di annullare un precedente giudiziario (c.d. *overruling*) era subordinata ad «una serie di considerazioni prudenziali e pragmatiche volte a... valutare i costi rispettivi della riaffermazione e dell'annullamento di un caso precedente»³⁷. La Corte si era, dunque, chiesta se fosse opportuno annullare la regola di diritto elaborata in *Roe* sulla base di tali considerazioni, che, nella specie, attenevano all'idoneità del precedente in questione a essere efficacemente applicato nella prassi; all'affidamento creatosi intorno ad esso; al suo superamento, dovuto al mutamento dei principi regolatori della materia; al suo divenire privo di giustificazione, per la sopravvenienza di fatti nuovi o di una nuova interpretazione dei fatti posti a suo fondamento³⁸.

Esaminato il precedente *Roe* in base a questi criteri, la Corte Suprema aveva ritenuto che la decisione del 1973 non fosse divenuta né inapplicabile³⁹, né anacronistica⁴⁰, né priva di giustificazione per un mutamento delle circostanze di fatto che ne costituivano il fondamento⁴¹.

Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America, Milano 1988; F. M. DAMOSSO, *Il precedente giudiziario nella tradizione inglese e americana*, in *Direitos Sociais e Políticas Publicas*, 2022, III, 570 ss.; A. PIN, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in *DPCE online*, 2021, 67 ss.

Tra i contributi in lingua inglese cfr., *ex multis*, W. M. LANDES-R. A. POSNER, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, in *The Journal of Law & Economics*, 1976, II, 249 ss.; F. SCHAUER, *Precedent*, cit., 571 ss.; A. LARRY, *Constrained by Precedent*, cit., 3 ss.; L. F. POWELL JR, *Stare Decisis And Judicial Restraint*, in *Washington and Lee Law Review*, II, 1990, 281 ss.; D. N. MACCORMICK-R. S. SUMMERS (a cura di), *Interpreting precedents*, cit.; T. R. LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, 1999, III, 647 ss.; A. CONEY BARRETT, *Stare Decisis and Due Process*, in *University of Colorado Law Review*, 2003, 1011 ss.; M. N. S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, 67 ss.; T. HEALY, *Stare Decisis and the Constitution: Four Questions and Answers*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, II, 1173 ss.; R. J. KOZEL, *Stare Decisis as Judicial Doctrine*, in *Washington and Lee Law Review*, 2010, II, 412 ss.; Id., *Precedent and Reliance*, in *Emory Law Journal*, 2013, VI, 1459 ss.

³⁶ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, III, A, 854.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ivi*, 855.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ivi*, 3, 857.

⁴¹ *Ivi*, 4, 860.

La pronuncia riconosceva che la soglia di *viability* era arretrata rispetto agli anni '70, a motivo dello sviluppo della medicina neonatale, assestandosi non più attorno alla ventottesima settimana di gestazione, bensì all'incirca alla ventiquattresima.

Tuttavia, secondo la Corte Suprema, l'arretramento della soglia di viabilità fetale non costituiva, nei presupposti di fatto posti alla base di *Roe*, un cambiamento tale da giustificare un annullamento del precedente. La nuova soglia imponeva unicamente una modifica allo schema temporale elaborato nel '73 per il bilanciamento degli interessi contrastanti della donna e del nascituro, con un'anticipazione alla ventiquattresima settimana di gestazione del momento in cui lo Stato avrebbe potuto proteggere la vita del concepito vietando l'aborto non terapeutico.

I giudici avevano, inoltre, osservato che un *overruling* avrebbe avuto un elevato “costo sociale”, siccome avrebbe pregiudicato il legittimo affidamento formatosi nella società intorno alla pronuncia⁴². Benché consapevoli delle difficoltà di estendere la categoria del legittimo affidamento all’aborto, che per definizione rappresenta una «risposta non pianificata alle conseguenze di un’attività non pianificata o al fallimento del controllo convenzionale delle nascite»⁴³, i giudici ritennero che l’annullamento di *Roe* avrebbe comportato gravi disuguaglianze a carico dei cittadini americani, che «per vent’anni...hanno organizzato le loro relazioni intime e compiuto scelte che definiscono la loro visione di se stessi e del loro posto nella società, facendo affidamento sulla disponibilità dell’aborto in caso di fallimento della contraccezione». Per la Corte si sarebbe anche pregiudicata «la capacità delle donne di partecipare equamente alla vita economica e sociale della nazione [che] è stata facilitata dalla loro capacità di controllare la propria vita riproduttiva»⁴⁴.

In considerazione del grave pregiudizio che l’*overruling* avrebbe cagionato alla popolazione, la Corte era arrivata ad affermare che, anche qualora *Roe* si fosse rivelata erronea, il suo annullamento sarebbe stato illegittimo alla luce dello *stare decisis*, perché avrebbe colpito «l’errore...al prezzo di un danno profondo e non necessario alla legittimità della Corte e all’impegno della nazione al rispetto del principio di legalità»⁴⁵.

Per tali motivi, *Casey* aveva confermato il precedente del 1973 nei suoi tratti essenziali.

Nella pronuncia, la Corte Suprema aveva dato al concetto di *privacy* una definizione perfino più ampia di quella contenuta in *Roe*. Esso veniva descritto non solo come diritto a compiere «scelte intime e personali...fondamentali per la dignità e autonomia della persona»⁴⁶, senza ingerenza da parte dei pubblici poteri, ma anche nei termini di «diritto di elaborare una propria definizione circa l’esistenza, il significato delle cose, l’universo e il mistero della vita umana»⁴⁷.

Ma soprattutto, *Casey* aveva introdotto dei correttivi allo schema trimestrale elaborato in *Roe* per il bilanciamento tra diritto costituzionale all’aborto della donna e interesse statale alla protezione del nascituro.

Innanzitutto, la Corte Suprema aveva rimosso la suddivisione in trimestri. Questa era criticata dai giudici in quanto non necessaria ad assicurare l’effettività del diritto all’aborto della donna⁴⁸ e perché, nel considerare legittimo, prima

⁴² *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, III, A, 2, 855 ss.

⁴³ *Ivi*, 856.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, C, 869.

⁴⁶ *Ivi*, II, 851.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of O’Connor, Kennedy, and Souter, JJ., IV, 872.

della *viability*, solo l'intervento statale diretto alla tutela della salute della donna, aveva svilito eccessivamente l'interesse statale alla protezione della vita del concepito⁴⁹.

Al posto dello schema trimestrale, *Casey* aveva introdotto il c.d. *undue burden standard* quale criterio per valutare la costituzionalità delle restrizioni introdotte dagli Stati in materia di aborto. Il significato dello *standard* era che la legge statale non avrebbe potuto gravare di un onere eccessivo la scelta della donna di abortire⁵⁰.

In concreto, secondo la Corte Suprema, erano considerate legittime, almeno finché non avessero rappresentato un ostacolo eccessivo all'esercizio del diritto all'aborto, le misure finalizzate a garantire alla donna una decisione il più possibile informata, a tutelare la sua salute e a farla desistere dal proposito di interrompere la gravidanza⁵¹.

Il criterio dell'*undue burden* era stato criticato già al momento della sua formulazione⁵². Quattro dei nove giudici di *Casey* avevano osservato che tale *standard* era stato creato *ad hoc*, senza che vi fosse alcun fondamento nel diritto costituzionale o nei precedenti della Corte, e che appariva "amorfo" e visibilmente inidoneo ad una applicazione semplice, coerente e prevedibile da parte delle corti inferiori, chiamate a verificare la costituzionalità delle legislazioni statali in materia di aborto⁵³. Il criterio, a causa della sua vaga formulazione e dell'assenza di parametri-guida, attribuiva ai giudici il potere discrezionale di stabilire, secondo una valutazione del tutto soggettiva, quali limitazioni al diritto di abortire dovessero ritenersi legittime e quali, invece, ponendo "ostacoli sostanziali" all'esercizio del diritto, fossero incostituzionali⁵⁴. L'*undue burden standard*, lungi dal costituire uno strumento più agevole dello schema trimestrale di *Roe*, appariva foriero di incertezze e di un proliferare di opinioni contrastanti⁵⁵.

4. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: la Corte annulla Roe v. Wade, pone fine alla finzione del diritto costituzionale all'aborto e restituisce ai Parlamenti degli Stati federati il potere di regolamentare l'aborto.* – 4.1. *La legislazione del Mississippi: il divieto di abortire prima della viability.* – Con la sentenza *Dobbs* del 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti, con una maggio-

⁴⁹ Ivi, 875.

⁵⁰ Ivi, 876 ss.

⁵¹ Ivi, 877.

⁵² Si invia all'opinione, in parte concorrente con la decisione, in parte dissenziente, del Giudice Scalia, alla quale avevano aderito anche il Presidente della Corte Suprema, Giudice Rehnquist, il Giudice White, e il Giudice Thomas; cfr. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of Scalia J., 979 ss.

⁵³ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of Scalia J., 985 ss.

⁵⁴ Ivi, 992.

⁵⁵ Ivi, 986.

ranza di 6 giudici a 3, ha dichiarato che la Costituzione americana non tutela il diritto all'aborto. È stato, di conseguenza, operato l'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade* del 1973 e della sentenza *Casey*, che nel 1992 aveva confermato il contenuto essenziale di *Roe*.

La decisione ha avuto origine da una controversia sorta intorno al *Gestational Age Act*, una legge approvata nel 2018 dallo Stato del Mississippi che vietava l'aborto volontario a partire dalla quindicesima settimana di gravidanza, eccetto che per i casi di emergenza sanitaria o di grave anomalia del feto⁵⁶. Il limite della quindicesima settimana di gravidanza, di molto precedente rispetto alla soglia della *viability*, trovava giustificazione, secondo il legislatore del Mississippi, nella necessità di tutelare altri tre interessi coinvolti nella vicenda: la vita del nascituro, la salute della madre e l'integrità della professione medica.

Nel preambolo della disciplina, il legislatore del Mississippi evidenziava come il diritto costituzionale all'aborto volontario fino alla *viability*, vigente negli Stati Uniti, rappresentasse uno dei regimi più permissivi al mondo in materia di aborto, dal momento che la stragrande maggioranza delle giurisdizioni mondiali fissano il limite di tale diritto alla dodicesima settimana di gravidanza⁵⁷.

Quanto alla tutela della vita del concepito, il *Gestational Age Act* ricostruiva le tappe fondamentali nello sviluppo del feto, dalla comparsa del battito cardiaco, tra quinta e sesta settimana di gestazione, all'acquisizione della forma umana completa di tutte le parti essenziali, alla dodicesima settimana di gravidanza; esso, poi, ricordava che la Corte Suprema aveva riconosciuto, sia in *Roe* sia in *Casey*, l'interesse statale a «proteggere la vita del nascituro»⁵⁸.

Con riferimento alla salvaguardia della salute fisica e psichica della donna, la legge richiamava tre evidenze mediche sulla pericolosità dell'aborto: il fatto che i rischi per la salute della gestante aumentano con l'avanzare della gravidanza, in modo particolare a partire dalla quindicesima settimana di gestazione; il dato che nel secondo trimestre i rischi legati all'interruzione di una gravidanza sono maggiori del rischio del parto; la circostanza che l'aborto può comportare danni seri e duraturi alla donna anche da un punto di vista psicologico ed emotivo⁵⁹.

Infine, il legislatore affermava che la procedura impiegata per gli aborti chirurgici oltre la quindicesima settimana di gestazione, basata su «l'utilizzo di strumenti chirurgici per distruggere e lacerare il bambino non nato prima di

⁵⁶ Il *Gestational Age Act*, Mississippi Code § 41-41-191, approvato dal Parlamento del Mississippi come House Bill 1510, è consultabile al seguente indirizzo: <http://billstatus.ls.state.ms.us/2018/pdf/history/HB/HB1510.xml>

⁵⁷ *Mississippi Gestational Age Act*, House Bill no. 1510, Section 1, 2), a).

⁵⁸ *Mississippi Gestational Age Act*, House Bill no. 1510, Section 1, 2), b), i), 1-7.

Cfr. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of O'Connor, Kennedy, and Souter, JJ., IV, 873.

⁵⁹ *Mississippi Gestational Age Act*, House Bill no. 1510, Section 1, 2), b), ii) – v).

rimuoverne i pezzi dall'utero», rappresentava una «pratica barbara» svilente per la professione medica⁶⁰.

Le legge era stata impugnata dall'unica clinica che offriva il servizio di interruzione di gravidanza nello Stato del Mississippi, la *Jackson Women's Health Organization*, e da uno dei suoi medici per contrasto con la regola di diritto elaborata in *Roe* e confermata da *Casey*.

I giudici federali di primo grado⁶¹ e di appello⁶² avevano ritenuto che il limite all'aborto fissato alla quindicesima settimana di gestazione violasse il diritto costituzionale della donna ad abortire fino alla *viability*, tutelato dalla *Due Process Clause* del XIV emendamento della Costituzione, riconosciuto nei precedenti *Roe* e *Casey* della Corte Suprema⁶³. Il *Mississippi Gestational Age Act* appariva radicalmente incompatibile con il contenuto delle due sentenze richiamate.

Nel 2020, lo Stato del Mississippi aveva proposto alla Corte Suprema l'istanza per un *writ of certiorari*, ossia lo strumento con cui la Corte può decidere di revisionare le decisioni di Corti inferiori. L'istanza recava il quesito se qualsiasi divieto di aborto volontario posto dalla legislazione statale prima della *viability* fosse incostituzionale⁶⁴. Tale quesito ne implicava un altro, più generale, che la Corte Suprema ha posto al centro della sua riflessione, vale a dire se la Costituzione americana, correttamente interpretata, conferisce il diritto a ottenere un aborto⁶⁵.

4.2. *L'opinione di maggioranza di Justice Alito: a) l'inesistenza di un diritto all'aborto all'interno della Costituzione.* – L'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Alito, è stata sottoscritta per intero da altri quattro giudici. Il *Chief Justice* Roberts si è allineato alla maggioranza solo per il dispositivo e ha redatto una *concurring opinion* per dar conto della sua posizione, più conservativa e compromissoria⁶⁶. Infine, tre giudici contrari al dispositivo hanno redatto congiuntamente una *dissenting opinion*.

Le conclusioni di *Dobbs* sono le seguenti: la Costituzione non protegge il diritto della donna all'aborto volontario; il precedente *Roe* è clamorosamente errato e costituisce un abuso di potere giudiziale; i precedenti *Roe* e *Casey* non sono vincolanti in base alla dottrina dello *stare decisis* e, anzi, devono essere annullati; la competenza a regolamentare l'aborto viene restituita ai cittadini degli Stati federati e ai loro rappresentanti eletti.

⁶⁰ *Mississippi Gestational Age Act*, House Bill no. 1510, Section 1, 2), b), i), 8.

⁶¹ *I. e.* Corte distrettuale del Distretto Meridionale dello Stato del Mississippi.

⁶² *I. e.* Corte di Appello del Quinto Circuito.

⁶³ *Petition for a Writ of Certiorari*, no. 19-1392, 15 giugno 2020, 9 ss.

⁶⁴ *Petition for a Writ of Certiorari*, no. 19-1392, cit., i.

⁶⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, 8.

⁶⁶ Ivi, Roberts, C.J., concurring in judgment, in cui il *Chief Justice* Roberts si esprime a favore della legittimità della legislazione del Mississippi, ma senza operare un *overruling* dei precedenti.

È possibile suddividere la corposa argomentazione dell'opinione di maggioranza in due parti.

La prima consiste in una scrupolosa indagine storica sui fondamenti del diritto all'aborto e sulla sua consonanza con il concetto di "libertà ordinata" tutelato dalla Costituzione⁶⁷. La maggioranza della Corte ha riesaminato le ragioni in base alle quali i giudici, nel 1973, avevano riconosciuto l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto fino alla *viability*, condizionando quasi mezzo secolo di legislazione e di giurisprudenza, e ha ritenuto tali argomentazioni clamorosamente erranee. La seconda parte della pronuncia è dedicata alla dottrina dello *stare decisis*: la maggioranza si è chiesta se la Corte fosse vincolata ai precedenti in materia di aborto o se, invece, vi fossero i presupposti per il loro annullamento⁶⁸.

Nella prima parte della pronuncia, come detto, la *majority opinion* ha smentito gli argomenti con cui la Corte Suprema del 1973 aveva preteso di dimostrare l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto. Tali argomenti consistevano nel supporto che la *common law* forniva alla liceità dell'aborto e nella riconducibilità del diritto all'aborto al diritto alla *privacy*, protetto dalla *Due Process Clause* del XIV emendamento.

L'*opinion* del giudice Alito ha, innanzitutto, smentito la riconducibilità del diritto all'aborto alla *Due Process Clause*, intesa in senso sostanziale come base giuridica per il riconoscimento di diritti non enumerati nel testo costituzionale⁶⁹.

L'opinione di maggioranza non ha contestato l'utilizzo della *Due Process Clause* come clausola aperta, ma ha precisato che, in base ai precedenti della Corte, la clausola non conferisce rango costituzionale a qualsiasi diritto innominato, ma solo a quelli che rispettino due condizioni: essere profondamente radicati nella storia e nella tradizione giuridica degli Stati Uniti ed essere riconducibili al concetto di "libertà ordinata" che emerge dalla Costituzione⁷⁰.

Quanto alla prima condizione, Justice Alito ha ricordato che, fino alla seconda metà del ventesimo secolo, non solo il diritto americano non offriva alcun supporto all'aborto, ma, al contrario, quest'ultimo era considerato un reato nella stragrande maggioranza degli Stati americani. Tale qualificazione non costituiva, come erroneamente affermato in *Roe*, un prodotto della cultura giuridica dell'Ottocento: l'aborto era stato criminalizzato, o comunque osteggiato, in ogni fase dell'esperienza giuridica americana.

Nella *common law*, l'aborto era punito come crimine, se eseguito dopo la comparsa dei movimenti del bambino nel grembo materno (c.d. *quickening*),

⁶⁷ Ivi, Opinion of the Court, II, 8 ss.

⁶⁸ Ivi, III-IV-V, 39 ss.

⁶⁹ Sulla *Substantive Due Process Clause* cfr., *supra*, § 2, nota 26, per una sintetica trattazione e i riferimenti bibliografici.

⁷⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, A, 2, 11 ss.

ossia tra la sedicesima e la diciottesima settimana di gestazione⁷¹. Prima del *quickenning*, benché non fosse equiparato all'omicidio, costituiva comunque un reato: ciò significa che, in ogni caso, per la *common law* l'aborto non era lecito, né tantomeno costituiva un diritto⁷².

Il criterio del *quickenning* – letteralmente il “risveglio” del feto – rifletteva le conoscenze scientifiche dell'epoca, per cui il movimento era la prova che il bambino fosse vivo⁷³, e fu superato a partire dalla decisione del Parlamento britannico del 1803 di qualificare l'aborto come crimine in ogni stadio della gravidanza⁷⁴.

Nel corso del XIX secolo la maggior parte degli Stati americani aveva vietato l'aborto volontario ad ogni stadio della gravidanza⁷⁵. Al momento dell'adozione del XIV emendamento della Costituzione, nel 1868, tre quarti degli Stati federati avevano criminalizzato l'aborto, anche se compiuto prima del *quickenning*⁷⁶.

Alla fine degli anni '50 del XX secolo, tutti gli Stati tranne quattro vietavano l'aborto in ogni stadio della gravidanza, a meno che non fosse necessario a salvare la vita della madre⁷⁷; all'epoca della decisione di *Roe* questa disciplina era vigente in trenta Stati⁷⁸.

Alla luce di questa dettagliata ricostruzione storica, è evidente che il diritto all'aborto, all'epoca della decisione di *Roe*, non aveva alcun fondamento nella tradizione giuridica americana.

Il passaggio decisivo della *majority opinion* riguarda la problematica deduzione del diritto all'aborto dal diritto alla *privacy*⁷⁹. Tale operazione ermeneutica aveva permesso alla Corte Suprema del 1973 di riconoscere al diritto all'aborto un rango costituzionale, con annessa prevalenza su tutti gli altri interessi statali coinvolti nella vicenda, a cominciare dalla protezione del nascituro.

Come rilevato anche in *Roe*⁸⁰, il concetto di libertà che emerge dalla Costituzione americana è descritto dall'espressione “libertà ordinata” (c.d. *ordered liberty*). Si tratta di una libertà «non assoluta ma ben ponderata»⁸¹, capace di

⁷¹ Ivi, B, 2, 16 ss.

⁷² Ivi, 18.

⁷³ Ivi, c, 21.

⁷⁴ Ivi, 22.

⁷⁵ Nell'appendice A della sentenza la Corte Suprema raccoglie le disposizioni penali che criminalizzavano l'aborto ad ogni stadio della gravidanza adottate tra il XIX e l'inizio del XX secolo da 37 Stati federati. Tra questi, 28 Stati avevano vietato l'aborto prima del 1868, anno in cui era stato introdotto il XIV emendamento della Costituzione; cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Appendix A to opinion of the Court, 79 ss.

⁷⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, B, 2, c, 23.

⁷⁷ Ivi, 24.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Ivi, C, 1, 30 ss.

⁸⁰ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VIII, 152.

⁸¹ Così C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 90.

«fissare i [propri] limiti e definire i [propri] confini rispetto ad altri interessi in gioco»⁸².

Il giudice Alito osserva che, se gli individui godono della più ampia libertà di pensare e esprimersi in accordo alla propria visione del mondo, quando si passa al piano dell'agire non ogni comportamento può essere ricondotto al concetto di "libertà ordinata", perché occorre bilanciare gli eventuali interessi contrapposti⁸³.

In *Dobbs* la maggioranza dei giudici ha riconosciuto che l'aborto, a differenza di altre scelte personali, pone «una grave questione morale»⁸⁴ e rappresenta «un atto unico nel suo genere»⁸⁵. Infatti, l'aborto comporta la distruzione della vita del feto⁸⁶. Come già riconosciuto in *Roe* e *Casey*, la scelta della donna di abortire ricade, con conseguenze irreparabili, su un secondo soggetto, da lei distinto, che «quelle pronunce chiamano "vita potenziale"» e che la legge del Mississippi qualifica come vita di un "essere umano non nato"⁸⁷. Il corpo elettorale di uno Stato può, allora, legittimamente imporre «rigorose restrizioni [all'aborto] sulla base della propria convinzione che l'aborto distrugge un "essere umano non nato"», come nelle parole del *Mississippi Gestational Age Act*⁸⁸.

La Corte ha precisato che la propria decisione «non è basata su alcuna concezione relativa al se e quando la vita prenatale è titolare di uno qualsiasi dei diritti che si godono dopo la nascita. Al contrario, l'opinione dissenziente vorrebbe imporre al popolo una particolare teoria circa il momento in cui inizia il godimento dei diritti della personalità»⁸⁹. Infatti, con la sentenza *Roe*, la Corte Suprema aveva arbitrariamente imposto agli Stati la «teoria della vita»⁹⁰ secondo cui il feto acquista autonoma rilevanza giuridica solo quando diventa capace di sopravvivere fuori dall'utero materno. Così, a partire dal 1973, i giudici avevano sottratto ai Parlamenti statali il potere di valutare e bilanciare diversamente gli interessi coinvolti. In particolare, i legislatori dovevano considerare il concetto una "vita potenziale" e non un "essere umano non ancora nato"⁹¹.

La sentenza *Dobbs* menziona anche ulteriori interessi, che gli Stati potranno legittimamente tutelare: tra questi, l'eliminazione di procedure mediche barbare, la salvaguardia della salute della donna, la mitigazione del dolore del feto e la preservazione dell'integrità della professione medica⁹².

⁸² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, C, 1, 31.

⁸³ Ivi, 31.

⁸⁴ Ivi, 32.

⁸⁵ Ivi, III, E, 3, 66.

⁸⁶ Ivi, II, C, 1, 32.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Ivi, 31.

⁸⁹ Ivi, D, 3, 38.

⁹⁰ Ivi, 39.

⁹¹ Ivi, C, 1, 32.

⁹² Ivi, VI, A, 78.

L'accento sulla specificità dell'aborto ha permesso all'opinione di maggioranza di negare copertura costituzionale al relativo diritto senza pregiudicare la garanzia di altri diritti individuali, parimenti ricondotti alla *Due Process Clause* dalla Corte Suprema. Infatti, la decisione di abortire, per il fatto che coinvolge non solo la donna ma anche il concepito, appare imparagonabile ad altre scelte individuali, come quelle relative all'intimità sessuale o al matrimonio, che ricadono nella sfera privata o consensuale del titolare del diritto⁹³.

4.3. Segue: *b) la necessità di annullare i precedenti in materia di aborto alla luce della dottrina dello stare decisis*. – Il secondo blocco di argomentazioni della *majority opinion* è volto a chiarire se la dottrina del precedente vincolante giustifichi la conservazione di *Roe* e *Casey*⁹⁴.

Il giudice Alito ricorda, innanzitutto, che la regola dello *stare decisis* rappresenta un principio di fondamentale importanza per l'integrità e la prevedibilità del sistema di diritto giurisprudenziale statunitense, nonché un freno all'«arroganza giudiziaria»⁹⁵ della stessa Corte Suprema, siccome le impone di rispettare le proprie decisioni precedenti.

Se è certamente vero che «l'annullamento di un precedente è una questione seria»⁹⁶, Alito ribadisce pure, come già sostenuto in *Casey*, che la regola dello *stare decisis* non costituisce un «comando inesorabile»⁹⁷.

Anche nella pronuncia del 1992 la Corte Suprema aveva chiarito che «l'obbligo di seguire un precedente prende le mosse dalla necessità, e una necessità in senso opposto segna il suo limite esterno» e che «una differente necessità si imporrebbe qualora una precedente sentenza si dimostrasse così chiaramente erronea che la sua applicazione sarebbe da condannare proprio per questo motivo»⁹⁸.

A sostegno della suddetta prospettiva, il giudice Alito ha ricordato che alcune delle sentenze storicamente più importanti della Corte Suprema sono degli *overruling* di precedenti palesemente erronei⁹⁹.

⁹³ Ivi, II, C, 1, 31 s.

⁹⁴ Ivi, III, 39 ss.

⁹⁵ Ivi, 39.

⁹⁶ Ivi, 43.

⁹⁷ Ivi, 39.

⁹⁸ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, III, A, 854 ss.

⁹⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, III, 40 s.

La *majority opinion* menziona espressamente, a titolo esemplificativo, tre celebri sentenze in cui la Corte Suprema ha annullato i suoi precedenti: *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), con cui la Corte aveva posto fine all'orientamento giurisprudenziale sulla segregazione razziale, iniziato con la sentenza *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896) e confermato da altri sei precedenti; *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), che aveva annullato il precedente *Adkins v. Children's Hospital of D. C.*, 261 U. S. 525 (1923) sull'incostituzionalità della legislazione sul salario

La *majority opinion* ha poi ricordato che è la stessa giurisprudenza della Corte Suprema a «fornire un quadro di riferimento per decidere quando un precedente debba essere annullato»¹⁰⁰ e «individuare i fattori che devono essere tenuti in considerazione nel prendere una simile decisione»¹⁰¹. Quindi, ha addotto cinque ragioni a sostegno dell'annullamento di *Roe* e *Casey*: la grave erroneità della decisione; la qualità della motivazione; la difficile applicazione in concreto delle regole da parte del sistema giudiziario, specialmente con riferimento all'*undue burden standard*; l'effetto dirompente di tali regole in altre aree del diritto; l'assenza di un legittimo affidamento del popolo americano intorno al contenuto della decisione¹⁰².

Quanto al primo argomento, *Justice Alito* ha affermato che gli errori nell'interpretazione della Costituzione contenuti in *Roe* hanno reso la sentenza «gravemente sbagliata e profondamente dannosa»¹⁰³, nonché «in rotta di collisione con la Costituzione»¹⁰⁴ fin dall'inizio; successivamente *Casey* avrebbe «perpetuato i suoi errori»¹⁰⁵. La gravità e pericolosità di questi ultimi è evidente se si considerano le conseguenze della pronuncia: esercitando un «potere giudiziario grezzo»¹⁰⁶, la Corte Suprema del 1973 «aveva usurpato il potere di regolare una questione di profonda importanza morale e sociale che la Costituzione lascia inequivocabilmente al popolo»¹⁰⁷. Privando gli Stati del potere di regolamentare l'aborto e, nella specie, sacrificando le ragioni di «coloro che cercavano di promuovere l'interesse dello Stato alla vita fetale»¹⁰⁸ mediante i mezzi che la democrazia offre, la Corte «aveva corto-circuitato il processo democratico escludendo da questo il gran numero di Americani che dissentivano con *Roe*»¹⁰⁹.

La seconda ragione a sostegno dell'*overruling* fa riferimento alla qualità della motivazione di *Roe*. L'opinione di maggioranza in *Casey* aveva ignorato questo profilo, sostenendo la necessità di confermare il precedente in ossequio alla dottrina dello *stare decisis*¹¹⁰.

Justice Alito precisa, tuttavia, che «una corretta applicazione dello *stare de-*

minimo per le donne e, più in generale, aveva segnato un cambio di rotta rispetto ai precedenti che affermavano la prevalenza della libertà individuale sulle misure di *welfare* statali o federali; *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943), con cui la Corte aveva annullato il precedente *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940), affermando che l'obbligo di salutare la bandiera americana nel contesto della scuola pubblica costituiva una violazione della libertà di espressione degli studenti.

¹⁰⁰ Ivi, 43.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Ivi, A, 44.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Ivi, III, B, 2, 55 s.

cisis richiedeva la valutazione della forza delle motivazioni su cui *Roe* era fondata»¹¹¹ e che «in base ai nostri precedenti, la qualità dell'argomentazione in un caso precedente ha un'importante ricaduta sulla possibilità di riconsiderarlo»¹¹².

L'estensore della *majority opinion* ha evidenziato come *Roe* si fondasse su «basi eccezionalmente deboli»¹¹³. In sintesi, secondo la Corte, il precedente aveva riconosciuto un diritto senza alcun fondamento nel testo costituzionale o nella tradizione giuridica americana, legislativa e giurisprudenziale¹¹⁴; si era basato su una ricostruzione storica errata e su argomenti che non hanno alcuna rilevanza nella determinazione del significato della Costituzione¹¹⁵; poggiava su una irragionevole equiparazione tra l'aborto e i precedenti sul diritto alla *privacy*¹¹⁶, che ignora completamente la questione del concepito¹¹⁷; aveva inventato di sana pianta un intricato sistema di regole, con diverse restrizioni in base al trimestre di gravidanza, che manca di qualsiasi fondamento «nella Costituzione, nella storia delle leggi sull'aborto, nei precedenti o in qualsiasi altra fonte citata»¹¹⁸ e «somiglia al lavoro di un legislatore»¹¹⁹; aveva imposto una regola fondamentale, quella per cui «gli Stati non possono proteggere la vita del feto prima della "viability"»¹²⁰, che la Corte ritiene priva di una spiegazione plausibile¹²¹.

I tre giudici dissenzienti hanno contestato la ricostruzione storica con cui la *majority opinion* ha inteso dimostrare l'assenza di un fondamento del diritto costituzionale all'aborto nella tradizione giuridica americana. La *dissenting opinion* sostiene che la maggioranza, nell'escludere il diritto all'aborto dall'ambito della *Due Process Clause*, abbia voluto riportare l'interpretazione XIV emendamento al XIX secolo, l'epoca in cui questo era stato introdotto e in cui ancora nessuna legge riconosceva il diritto all'aborto. Ciò è ritenuto inaccettabile dai giudici dissenzienti, siccome significa negare l'evoluzione della Costituzione e cristallizzare una interpretazione della libertà ad un'epoca in cui le donne non avevano diritto al voto e non vi era alcuna sensibilità per i diritti riproduttivi¹²².

Justice Alito precisa che è la dottrina dello *stare decisis* che impone alla Corte di verificare il fondamento del diritto all'aborto nella storia e tradizione giuridica americana¹²³. Infatti, il precedente *Glucksberg* ha stabilito che la Corte Suprema può riconoscere un diritto non menzionato in Costituzione come parte della no-

¹¹¹ Ivi, II, 8.

¹¹² Ivi, III, B, 45.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Ivi, 1, a, 46 s.

¹¹⁵ Ivi, B, 45; 47 ss.

¹¹⁶ Ivi, 45.

¹¹⁷ Ivi, 1, a, 49.

¹¹⁸ Ivi, B, 45.

¹¹⁹ Ivi, 1, b, 47; 49.

¹²⁰ Ivi, B, 45.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, I, B, 14 s.

¹²³ Ivi, Opinion of the Court, II, D, 1, 36.

zione di “libertà” protetta dalla *Due Process Clause* solo dimostrando che questo diritto è «profondamente radicato nella storia e tradizione di questa Nazione»¹²⁴.

Alito osserva, quindi, che l’opinione dissenziente, pur invocando la dottrina dello *stare decisis* in difesa di *Roe*, «ha mancato di confrontarsi seriamente con questo importante precedente – che [*Roe*] non può in alcun modo soddisfare»¹²⁵.

Al contrario, la *dissenting opinion* ritiene che *Glucksberg* sia inapplicabile in materia di aborto, e richiama in proposito la sentenza *Obergefell* sul diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, in cui pure la Corte aveva ritenuto il precedente inapplicabile con riferimento alla libertà di matrimonio e di contraccezione¹²⁶.

A tale argomento, l’*opinion* di maggioranza risponde che non è possibile equiparare l’aborto e la libertà di matrimonio e contraccezione: la questione dell’aborto appare «fondamentalmente diversa»¹²⁷ dagli altri casi richiamati, per il fatto che «nessuno di questi casi riguardava la distruzione di ciò che *Roe* definiva “vita potenziale”»¹²⁸.

L’opinione dissenziente omette di considerare questo profilo e inquadra la questione dell’aborto e delle altre scelte private meramente in termini di «diritti a prendere decisioni... sul proprio corpo e sulla propria vita»¹²⁹.

La medesima linea argomentativa è presente nella tesi dei giudici dissenzienti, secondo cui *Roe* e *Casey* non sarebbero delle “aberrazioni” all’interno del diritto costituzionale americano¹³⁰, ma si fonderebbero sui precedenti riguardanti la *Due Process Clause*, in particolare sui due precedenti *Griswold* e *Eisenstadt* in materia di contraccezione¹³¹. L’opinione dissenziente non fa cenno al nascituro né considera il fatto che, come evidenziato da Alito, l’aborto non corrisponde al diritto a non subire un’intrusione da parte del governo nella scelta personalissima di non concepire un figlio, siccome in tal caso il concepimento è già avvenuto.

Quanto al concepito, l’opinione dissenziente ritiene che l’esigenza di tutelare la “vita potenziale”, quale carattere peculiare del problema dell’aborto, sia stata opportunamente considerata da *Roe* e da *Casey*, che hanno bilanciato tale esigenza e il diritto di scelta della madre. Infatti, il diritto di scelta della donna non è assoluto: la sua decisione prevale sull’interesse statale a tutelare la vita del feto fino al raggiungimento della *viability*. A partire da tale soglia, il diritto della

¹²⁴ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), Opinion of the Court, II, 721.

¹²⁵ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, D, 1, 36.

¹²⁶ Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, I, B, 17.

¹²⁷ Ivi, Opinion of the Court, II, D, 1, 36.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, I, B, 21.

¹³⁰ Ivi, I, 6.

¹³¹ Ivi, I, B, 24.

donna può essere subordinato a tale interesse, siccome una seconda vita diviene capace di esistenza autonoma¹³².

L'opinione dissenziente fa proprio il criterio della *viability*, che, tuttavia, rappresenta un profilo problematico nell'argomentazione di *Roe* e *Casey*.

L'opinione di maggioranza ha evidenziato criticamente l'assenza, nella pronuncia del 1973, di una spiegazione valida a sostegno del fatto che la vita del feto, considerata dapprima irrilevante, potesse divenire oggetto di tutela statale soltanto una volta acquisita la capacità di sopravvivere fuori dall'utero materno¹³³.

La Corte Suprema osserva che, anche laddove si ritenga, secondo l'opinione di alcuni filosofi morali, che la titolarità del diritto alla vita dipenda dal possesso, da parte del feto, di qualche attributo che lo qualifichi come "persona", appare irragionevole individuare tale attributo nella "viabilità"¹³⁴. Infatti, questa non è una qualità sostanziale del feto, ma piuttosto una condizione dipendente da fattori esterni, tra cui il grado di avanzamento della medicina neonatale, la qualità delle strutture sanitarie in cui si effettua la procedura, la salute della madre e la salute del feto¹³⁵. Poiché la *viability* è una soglia suscettibile di variare nel tempo e nello spazio, indefinibile con certezza e in via generale per tutti i casi, ma solo in termini di probabilità, non può costituire un parametro razionale per stabilire la rilevanza giuridica del nascituro¹³⁶.

Un ulteriore argomento a favore dell'*overruling* riguarda la mancanza di *workability* dei precedenti, ossia la loro difficile comprensione e applicazione in modo uniforme, coerente e prevedibile da parte degli organi giurisdizionali. Ciò è provato specialmente con riferimento all'*undue burden standard*, il *test* introdotto da *Casey*, in sostituzione dello schema dei trimestri elaborato in *Roe*, per determinare quali limitazioni statali fossero compatibili col diritto costituzionale all'aborto¹³⁷.

Il criterio è fortemente problematico, dal momento che, come già notava il giudice Scalia nella parte dissenziente della sua *opinion* alla pronuncia del 1992, la Corte non ha fornito alcun parametro utile a determinare quando un ostacolo al diritto di abortire sia legittimo e quando illegittimo. Non essendoci alcun principio-guida, la decisione è rimessa interamente al giudice, che discrezionalmente sceglie quali elementi del caso prendere in considerazione e quale peso assegnare a ciascuno di essi¹³⁸. La natura del *test*, nonostante i tentativi di razionalizzazione operati dalla Corte in successive pronunce¹³⁹, non ha reso possibile stabilire in

¹³² Ivi, I, A, 10 ss.

¹³³ Ivi, Opinion of the Court, III, B, 1, c, 50.

¹³⁴ Ivi, 51.

¹³⁵ Ivi, 51 ss.

¹³⁶ Ivi, 53.

¹³⁷ Ivi, C, 56 ss.

¹³⁸ Ivi, 1, 57.

¹³⁹ Ivi, 57 s.

via generale e definitiva quale ostacolo all'aborto sia eccessivo e quale sia, invece, una legittima limitazione. Infatti, l'entità di un ostacolo, in ultima analisi, potrebbe cambiare da donna a donna, a seconda della sua situazione personale, di «luogo di residenza, risorse finanziarie disponibili, situazione familiare e lavorativa, consapevolezza circa lo sviluppo del feto e l'aborto, condizione psicologica ed emotiva e livello della determinazione ad ottenere l'aborto»¹⁴⁰.

Tali incertezze si riflettono nella giurisprudenza delle Corti federali d'appello, dove l'applicazione di *Casey* «ha generato una lunga serie di contrasti tra Circuiti»¹⁴¹.

La difficile applicabilità del precedente è una ragione decisiva per il suo superamento, dal momento che contraddice la finalità dello *stare decisis* di assicurare prevedibilità, certezza del diritto, eguaglianza ed efficienza del sistema giurisdizionale.

Quanto all'ultimo argomento, la Corte Suprema si è chiesta se l'annullamento di *Roe* e *Casey* potesse pregiudicare l'affidamento formatosi nella società americana su tali precedenti¹⁴². Questa parte della motivazione assume un'importanza cruciale, dal momento che la dottrina dello *stare decisis* impone ai giudici di applicare anche un precedente errato, quando questo abbia determinato un alto livello di aspettativa nella popolazione¹⁴³.

In linea con quanto già osservato in *Casey*, *Dobbs* ha affermato che il diritto all'aborto non è idoneo produrre un legittimo affidamento nei cittadini, poiché la decisione di abortire è per definizione la reazione non pianificata alle conseguenze di un'attività non pianificata¹⁴⁴.

Casey aveva, però, individuato una sorta di aspettativa sociale, data dal fatto che negli anni le persone hanno pianificato la loro vita e le loro relazioni intime sul presupposto della disponibilità dell'aborto, nonché dalla considerazione che la capacità di controllare la propria vita riproduttiva – anche attraverso l'aborto in caso di fallimento della contraccezione – ha significato per le donne la piena partecipazione alla vita economica e sociale del Paese¹⁴⁵.

Il giudice Alito ha dimostrato l'infondatezza di tale ricostruzione con una serie di argomenti.

Innanzitutto, ha affermato che non spetta alla Corte interpretare la coscienza sociale del Paese¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Ivi, 58.

¹⁴¹ Ivi, 3, 60 ss.

¹⁴² Ivi, III, E, 63 ss.

¹⁴³ Cfr. J. J. ALICEA, *An Originalist Victory*, in *City Journal*, 24 giugno 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.city-journal.org/dobbs-abortionruling-is-a-triumph-for-originalists>.

¹⁴⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, III, E, 1, 64.

¹⁴⁵ *Ibidem*; cfr. *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), Opinion of the Court, III, A, 856.

¹⁴⁶ Ivi, 2, 64.

Quindi, ha evidenziato che *Casey*, ancorando la definizione di affidamento a considerazioni di ordine psicologico, economico e sociale, aveva giustificato l'adesione al precedente con «una forma intangibile di *reliance* che ha poco o nessun riscontro nella giurisprudenza precedente»¹⁴⁷ e aveva, di fatto, impiegato una «versione dello *stare decisis* che... la Corte non ha mai applicato prima e non ha più invocato da allora»¹⁴⁸. I precedenti non supportano una tale concezione di *reliance*: la giurisprudenza sull'interesse all'affidamento, al contrario, si è formata intorno al contesto assai concreto dei diritti di proprietà e contrattuali¹⁴⁹.

La questione dell'impatto sulla vita delle donne del venire meno del diritto all'aborto è oggetto di discussione e si presta a opposte interpretazioni, al pari della questione riguardante la vita del concepito: in entrambi i casi, «la Corte non ha né l'autorità né la competenza per risolvere tali questioni in via definitiva»¹⁵⁰.

Justice Alito ha sottolineato che, in una democrazia che riconosce alle donne potere politico ed elettorale, restituire la regolamentazione dell'aborto agli organi legislativi non priva le donne di un diritto, ma, al contrario, dà loro la possibilità di ottenere una legislazione conforme al proprio sistema di valori¹⁵¹.

L'opinione di maggioranza ha smentito un ulteriore argomento a favore dell'applicazione dello *stare decisis* sostenuto dalla Corte Suprema in *Casey*. Secondo la pronuncia del 1992, l'*overruling* di un precedente di importanza epocale, quale è *Roe*, avrebbe scosso la fiducia del popolo americano nell'autorevolezza della Corte e, di conseguenza, nello stesso principio di legalità¹⁵².

Per il giudice Alito, la preoccupazione per la reazione del popolo americano ad un *overruling* non può giustificare il mantenimento di un precedente erroneo, ma deve unicamente richiamare la Corte Suprema alla necessità di una motivazione accurata, che dimostri oltre ogni ragionevole dubbio come una corretta interpretazione della Costituzione conduca a rivedere posizioni del passato¹⁵³.

Infine, non sembra essere andato a segno il tentativo di *Casey* di definire la questione del diritto costituzionale all'aborto in modo definitivo per superare le divisioni esistenti nel Paese. Da una parte, lo stesso tentativo è criticabile, in quanto «la Corte non ha l'autorità di decretare che un precedente errato è permanentemente esente dalla valutazione secondo i principi tradizionali dello *stare decisis*»¹⁵⁴; dall'altra, né *Roe* né *Casey* sono riuscite in concreto a porre fine al dibattito sul diritto all'aborto. Ciò è confermato dalla richiesta avanzata da ventisei Stati di annullare *Roe* e *Casey* e di affidare nuovamente la questione dell'aborto

¹⁴⁷ Ivi, B, 2, 56.

¹⁴⁸ Ivi, B, 46.

¹⁴⁹ Ivi, E, 2, 64.

¹⁵⁰ Ivi, 65.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Ivi, IV, 66.

¹⁵³ Ivi, 67.

¹⁵⁴ Ivi, IV, 68.

ai rappresentanti eletti dai cittadini: essa mostra come cinquant'anni di precedenti non siano riusciti a porre fine al dibattito sul problema dell'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto¹⁵⁵.

Occorre, quindi, considerare le critiche della *dissenting opinion*, che rifiuta gli argomenti addotti dalla maggioranza a sostegno dell'*overruling* e sostiene che questa abbia abbandonato la regola dello *stare decisis*¹⁵⁶.

Secondo i giudici dissenzienti, gli unici argomenti validi a superare la regola dello *stare decisis* sarebbero l'evidenza di un cambiamento nella dottrina giuridica, che ha reso obsoleta la decisione precedente; la sopravvenienza di nuovi fatti che, facendo venir meno le basi su cui la decisione si fondava, ne impongono un superamento; l'assenza di affidamento sul contenuto della decisione da parte del popolo americano, da valutarsi alla luce del consolidamento del precedente e della durata della sua vigenza¹⁵⁷.

Tali argomenti sarebbero già stati valutati da *Casey*, arrivando alla conclusione che «lo *stare decisis* opera con forza in questo caso»¹⁵⁸.

Siccome nei cinquant'anni di vigenza di *Roe* non è intervenuto «nessun cambiamento giuridico o fattuale significativo»¹⁵⁹, l'*overruling* non è giustificabile.

Neppure è condivisibile, secondo i giudici dissenzienti, l'argomento per cui l'*undue burden standard* di *Casey* si sarebbe dimostrato difficilmente applicabile in concreto. L'opinione dissenziente sostiene, da una parte, che *standard* formulati in modo generale, ampio e flessibile, suscettibili di essere adattati a ciascun caso in base alle circostanze, sono frequenti nel diritto costituzionale e nella giurisprudenza della Corte Suprema¹⁶⁰, dall'altra, che una certa discordanza tra le decisioni dei Circuiti è inevitabile¹⁶¹. Infine, i giudici dissenzienti ritengono che il criterio introdotto da *Dobbs*, per cui sarebbero giustificate le limitazioni all'aborto se razionalmente ordinate a perseguire un legittimo interesse statale, sia foriero di incertezze e divisioni maggiori¹⁶².

La *dissenting opinion* sottolinea, quindi, come le pronunce *Roe* e *Casey* non solo siano state ripetutamente confermate, ma abbiano costituito il fondamento

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, II, 30.

Aderiscono alla tesi della *dissenting opinion* circa l'inosservanza, da parte della maggioranza della Corte Suprema, della dottrina dello *stare decisis* V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema*, cit.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3, 2022, 34; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs"*, cit., 113; C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 92 s.; E. GRANDE, *Dobbs*, cit., 84; A. RIDOLFI, «Roe and Casey are overruled», cit., 25 s.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2022, 194.

¹⁵⁷ Ivi, 31.

¹⁵⁸ Ivi, 32; 55 ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Ivi, 33 s.

¹⁶¹ Ivi, 35.

¹⁶² Ivi, 36 s.

di altre decisioni e del riconoscimento di altri diritti, consolidandosi quali parametri per l'interpretazione del XIV emendamento¹⁶³.

Da ultimo, la *dissenting opinion* ha accusato la maggioranza di aver tolto «un diritto che gli individui hanno detenuto e su cui hanno fatto affidamento per 50 anni»¹⁶⁴, mentre «le ragioni per confermare *Roe* e *Casey* traggono ulteriore forza dal legittimo affidamento schiacciante che queste decisioni hanno creato»¹⁶⁵ circa la possibilità delle donne di controllare la loro vita riproduttiva. Togliere il diritto di aborto significa, secondo i dissenzienti, «distruggere i progetti e le aspettative»¹⁶⁶ delle donne e pregiudicare le loro opportunità di «partecipare pienamente e in modo eguale alla vita politica, sociale ed economica della Nazione»¹⁶⁷.

La *majority opinion* ha risposto a queste obiezioni ribadendo l'incapacità di *Casey* di riparare la divisione esistente sul problema dell'aborto, così come risolto da *Roe*, e criticando la pronuncia anche sotto il profilo del rispetto dello *stare decisis*, dal momento che «ha trattato la controversia nazionale provocata da *Roe* come un motivo per rifiutare di riconsiderare quella decisione»¹⁶⁸. Secondo la maggioranza, l'unico argomento della *dissenting opinion* è quello per cui il diritto costituzionale all'aborto andrebbe mantenuto, siccome ha trovato applicazione per cinquant'anni, a partire da *Roe* e in tutte le successive pronunce che hanno seguito questa decisione¹⁶⁹.

4.4. Segue: c) *la delimitazione delle sfere di competenza in materia di aborto tra Stati federati e Corte Suprema USA*. – In conclusione, l'opinione di maggioranza in *Dobbs* afferma una nuova regola di diritto: «la Costituzione non attribuisce un diritto all'aborto. *Roe* e *Casey* devono essere annullati, e l'autorità di regolare l'aborto deve essere restituita al popolo e ai suoi rappresentanti eletti»¹⁷⁰.

La Costituzione americana è, dunque, compatibile con soluzioni opposte: dal momento che in materia di aborto tace, non stabilisce una gerarchia tra il diritto della donna e quello del concepito vincolante per tutti gli Stati. Similmente, neppure i giudici della Corte Suprema possono decidere quale debba essere il bilanciamento tra gli interessi coinvolti: si tratta di una scelta politica che spetta ai Parlamenti degli Stati, in accordo con gli orientamenti del corpo elettorale.

La *majority opinion* ha individuato nel *rational basis review* il nuovo *standard* per giudicare la costituzionalità delle legislazioni statali che regolano l'aborto¹⁷¹.

¹⁶³ Ivi, 38.

¹⁶⁴ Ivi, 46.

¹⁶⁵ Ivi, C, 47 ss.

¹⁶⁶ Ivi, 49.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Ivi, Opinion of the Court, V, A, 2, 71.

¹⁶⁹ Ivi, II, D, 2, 37.

¹⁷⁰ Ivi, IV, 69.

¹⁷¹ Ivi, VI, A, 77.

Dobbs stabilisce che, poiché abortire non è un diritto costituzionale, la Corte Suprema non potrà sostituire la propria valutazione a quella degli organi legislativi, ma dovrà considerare valida ogni legge statale in materia di aborto che risulti razionalmente ordinata alla tutela di interessi statali legittimi¹⁷².

Per la Corte, gli interessi che uno Stato può legittimamente perseguire includono la protezione della vita del concepito ad ogni stadio del suo sviluppo; la salvaguardia della salute della madre; l'eliminazione di procedure mediche particolarmente raccapriccianti o barbare; la preservazione dell'integrità della professione medica; la mitigazione del dolore del feto; la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, sul sesso o sulla disabilità¹⁷³.

Siccome si tratta proprio degli interessi perseguiti dal *Mississippi Gestational Age Act*, il giudice Alito ha dichiarato che il divieto di aborto non terapeutico a partire dalla quindicesima settimana di gravidanza contenuto in tale legge è conforme alla Costituzione¹⁷⁴.

5. *Attivismo giudiziario nel circuito delle Alte Corti: una inversione di tendenza*. – Uno dei profili più significativi della vicenda attiene al differente approccio all'interpretazione della Costituzione seguito dalla Corte Suprema USA in *Roe* e in *Dobbs*.

Le due pronunce si rifanno a due opposte teorie sull'interpretazione della Costituzione: l'*originalism* e il *living constitutionalism*¹⁷⁵.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Ivi, 78.

¹⁷⁴ Ivi, B, 78.

¹⁷⁵ Sulle due teorie interpretative citate cfr., *ex multis*, A. T. MASON, *Judicial Activism: Old and New*, in *Virginia Law Review*, 1969, III, 385 ss.; W.H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, 1976, IV, 693 ss.; J. GRIFFITHS, *Restraint and Activism in Judicial Review*, in *The Cambridge Law Journal*, 1979, II, 228 ss.; H. JEFFERSON POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, V, 885 ss.; A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, III, 849 ss.; *Id.*, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997; R. POST, *Theories of Constitutional Interpretation*, in *Special Issue: Law and the Order of Culture*, 1990, XXX, 13 ss.; K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, in *California Law Review*, 2004, V, 1441 ss.; J. O'NEILL, *Originalism In American Law And Politics: A Constitutional History*, Baltimora 2005; R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, 2006, II, 545 ss.; B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, in *Harvard Law Review*, 2007, VII, 1737 ss.; S.G. CALABRESI (a cura di), *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, DC 2007; N. LUND, *The Second Amendment, Heller, and Originalist Jurisprudence*, in *UCLA Law Review*, 2009, V, 1343 ss.; D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York 2010; J. M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge (Massachusetts) 2011; G. HUSCROFT, B.W. MILLER (a cura di), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge 2011; L. ALEXANDER, *What are Constitutions, and what should (and can) they do?*, in *Social Philosophy and Policy*, 2011, I, 1 ss.; S.E. SACHS, *Originalism as a Theory of Legal Change*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2015, III, 817 ss.; L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, in *Fordham Law Review*, 2013, II, 453 ss.; *Id.*, *Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 2019, VI, 1243 ss.; *Id.*, *The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of*

Roe è un esempio di *living constitutionalism*, la teoria per cui «la portata di un diritto costituzionale è definita in gran parte dalla percezione che hanno i giudici dei costumi sociali correnti»¹⁷⁶.

Si tratta di una teoria interpretativa che vede nella Costituzione non un testo fisso ed immutabile, ma un insieme di disposizioni adattabili ed integrabili in via interpretativa per rispondere alle istanze di cambiamento provenienti della società.

La nozione di “Costituzione vivente” può essere intesa in due accezioni. La prima muove dall’idea che gli autori della Costituzione (i c.d. *framers*) hanno dato vita ad un vero e proprio “organismo”, «un essere il cui sviluppo non poteva essere previsto completamente dai più dotati dei suoi creatori»¹⁷⁷, e, mediante la formulazione generale delle disposizioni costituzionali, hanno volutamente «lasciato alle generazioni successive il compito di adattare quel linguaggio all’ambiente in continuo cambiamento in cui avrebbero vissuto»¹⁷⁸.

La seconda è la rivendicazione del potere dei giudici, nell’ambito della *judicial review*, di sostituire «un altro catalogo di valori a quelli che possono essere ricavati dal linguaggio [delle disposizioni] e dall’intento dei framers»¹⁷⁹, allorquando lo richieda la necessità di risolvere un problema sociale e il potere politico si sia rifiutato di affrontarlo. Secondo tale impostazione, i giudici benché «non responsabili nei confronti di alcun collegio elettorale, sono tuttavia acclamati come “la voce e la coscienza della società contemporanea”»¹⁸⁰.

Constitutional Meaning, in *Boston University Law Review*, 2021, 1953 ss.; C. BOLIK, *The Proper Role of “Judicial Activism”*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2019, I, 1 ss.; S. BOYKIN, *Original-Intent Originalism: A Reformulation and Defense*, in *Washburn Law Journal*, 2021, II, 245 ss.

Tra i contributi in lingua italiana sull’originalismo e il creazionismo giuridico, cfr., nella vasta dottrina, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Napoli 2007; I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008; S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (a margine dell’ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale)*, in *Diritto di famiglia*, 2009, III, 1488 ss.; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, III, 1 ss.; C. BOLOGNA, *We the People o We the Judges?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, IV, 975 ss.; M. GOLDONI, *Il significato costituzionale fra regimi e trasformazioni*, *ivi*, 983 ss.; M. BARBERIS, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, IV, 539 ss.; *Id.*, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, XLIV, tomo I, 2015, 67 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2015; A. SARDO, *L’originalismo e la sfida del bilanciamento*, Madrid 2018; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018; V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge, l’ “ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, I, 181 ss.; G. SCACCIA, *Supranational Courts of Justice and judicial activism*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 dicembre 2018.

¹⁷⁶ N. LUND, *The Second Amendment*, cit., 1355; cfr. anche A. SCALIA, *Originalism*, cit., 852.

¹⁷⁷ W.H. REHNQUIST, *The Notion*, cit., 694.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

A sostegno del medesimo argomento nella dottrina italiana cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, I, 904 ss.

¹⁷⁹ W.H. REHNQUIST, *The Notion*, cit., 695.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

Alla luce di quest'ultima concezione, è chiaro come l'impiego della teoria del *living constitutionalism* può condurre al c.d. *judicial activism*, ossia la prassi per cui i giudici, arrogandosi un ampio margine di discrezionalità, «inventano regole e le impongono come se fosse il diritto statale, seguendo non le leggi ma la loro propria creazione, andando a svolgere così una funzione legislativa ad hoc e retroattiva»¹⁸¹, con evidenti rischi per la democrazia, la separazione dei poteri e lo stesso Stato di diritto. Infatti, quando introduce nuovi diritti «ritenuti rilevanti, emergenti, opportuni, giusti, condivisi, necessari, etc.»¹⁸² sulla base di principi costituzionali generali, il potere giudiziario invade la sfera di attribuzioni del potere legislativo, dal momento che spetta a quest'ultimo la «scelta delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili e... il componimento di quelle conflgenti»¹⁸³.

L'approccio del *living constitutionalism* si evince con chiarezza in alcuni passaggi della sentenza *Roe*, che vedono la prevalenza, su argomenti di carattere giuridico, di considerazioni schiettamente politiche, relative, ad esempio, alla condizione femminile e alla maternità nel contesto della società dell'epoca.

Vale la pena riportare, al riguardo, un lungo passaggio della sentenza del 1973. Mentre discuteva della possibilità di ricondurre il diritto all'aborto al diritto alla *privacy*, la Corte Suprema osservò: «il danno che lo Stato imporrebbe alla donna incinta negando del tutto questa scelta è evidente. Possono essere coinvolti danni specifici e diretti, diagnosticabili dal punto di vista medico anche nelle prime fasi della gravidanza. La maternità o la prole aggiuntiva possono costringere la donna a una vita e a un futuro angoscianti. Il danno psicologico può essere imminente. La salute mentale e fisica può essere messa a dura prova dalla cura del bambino. C'è anche l'angoscia, per tutti gli interessati, associata al bambino non desiderato, e c'è il problema di portare un bambino in una famiglia

L'Autore evidenzia come questa idea di Costituzione vivente «presenta almeno tre gravi difficoltà. In primo luogo, essa fraintende la natura della Costituzione, che è stata concepita per consentire ai rami del governo eletti dal popolo, non al ramo giudiziario, di tenere il Paese al passo con i tempi. In secondo luogo, [...] ignora le esperienze disastrose della Corte Suprema quando in passato ha abbracciato concezioni contemporanee e alla moda di ciò che una Costituzione vivente dovrebbe contenere. In terzo luogo, per quanto siano socialmente desiderabili gli obiettivi da perseguire [...], il fatto di perseguirli attraverso un potere giudiziario completamente libero e non eletto è del tutto inaccettabile in una società democratica» cfr. *ivi*, 699 ss.

L'argomento della "supplenza" del potere giudiziario nei confronti di un potere legislativo inerte o intempestivo, è stato analogamente impiegato in Italia dai sostenitori della funzione politica costituzionale dei giudici: cfr. M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amministrativo*, 1969, III, 23; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 498 ss.; E. SCODITTI, *Il giudice nell'Italia degli anni Settanta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, I, 135; *contra*, cfr. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, IV, 928 s.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, II, 255 s.

¹⁸¹ B. MAKOWIECKY SALLES, P.M. CRUZ, N. BASIGLI, *Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere*, in *Rivista AIC*, 2021, III, 224.

¹⁸² S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore?*, cit., 1493.

¹⁸³ *Ibidem*.

già incapace, psicologicamente e non, di prendersene cura. In altri casi, come in questo, possono essere coinvolte le ulteriori difficoltà e il continuo stigma della maternità al di fuori del matrimonio. Tutti questi sono fattori che la donna e il suo medico responsabile dovranno necessariamente considerare durante la consultazione»¹⁸⁴.

Se non mancano le considerazioni di tipo politico e sociologico, la ricostruzione storica del fondamento del diritto all'aborto, al contrario, è visibilmente carente, come pure sono estremamente succinte le ragioni giuridiche a sostegno dell'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* e della riconduzione della scelta di abortire al concetto di *privacy*.

La sentenza *Dobbs*, all'opposto, è espressione dell'*originalism*¹⁸⁵. Tale teoria interpretativa si fonda su due principi-chiave: il primo attiene strettamente all'interpretazione della Costituzione; il secondo riguarda le prerogative e i vincoli posti in capo ai giudici con riguardo all'interpretazione e all'applicazione delle norme costituzionali¹⁸⁶.

Il primo pilastro dell'*originalism* è l'idea per cui «il significato originale del testo costituzionale è stato fissato al tempo in cui ciascuna disposizione fu elaborata, approvata e resa pubblica»¹⁸⁷. Da ciò deriva la concezione dell'interpretazione come «un'attività cognitiva, consistente nella ricerca del significato originario delle disposizioni costituzionali».¹⁸⁸

Tale significato originario può essere ricavato attraverso l'impiego di differenti canoni. La prima corrente dell'*originalism*, definita *intentionalism* o *original intent originalism* o *Doctrine of Original Intent*, oggi minoritaria, afferma che il contenuto delle disposizioni costituzionali va inteso alla luce dell'intenzione dei *framers* che hanno formulato quelle disposizioni¹⁸⁹. La successiva corrente del *public meaning originalism* o *Doctrine of Original Meaning*, oggi predomi-

¹⁸⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VIII, 153.

¹⁸⁵ Per un commento della dottrina italiana alla teoria originalista e alla sua applicazione in *Dobbs*, cfr. G. CAPORALI, *Dobbs v. Jackson*, cit., 42 ss.; C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, luglio 2022; C. VALENTINI, *Originalism e politica dell'originalismo*, *ivi*, luglio 2022; F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, *ivi*, luglio 2022; G. RAZZANO, *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, *ivi*, luglio 2022; O. CHESA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, *ivi*, luglio 2022; Q. CAMERLENGO, *Originalismo e "Living Constitutionalism"*, *tra domanda di Costituzione e principi supremi*, *ivi*, luglio 2022; L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *ivi*, luglio 2022; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione*, cit., 206 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 34 ss.; A. SCHILLACI, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto pubblico*, 2023, II, 612 ss.

¹⁸⁶ L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, cit., 460.

¹⁸⁷ L.B. SOLUM, *Originalism Versus Living Constitutionalism*, cit., 1265 s.

¹⁸⁸ A. SARDO, *L'originalismo*, cit., 23.

¹⁸⁹ L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, cit., 459; S. BOYKIN, *Original-Intent Originalism*, cit., 246 s.

nante¹⁹⁰, sostiene, invece, che «il contenuto espressivo del testo costituzionale è fissato al momento della sua origine dal significato semantico convenzionale delle parole e delle frasi in un contesto condiviso dagli estensori, dai ratificatori e dai cittadini»¹⁹¹. Tale impostazione poggia sull'assunto che l'intenzione originaria dei *framers* non è determinabile con certezza, mentre è possibile ricostruire «il significato oggettivo delle disposizioni costituzionali nel contesto (storico, politico e culturale) di adozione»¹⁹². Osservava in proposito *Justice* Scalia, «padre indiscusso di questa posizione»¹⁹³, che «[è] la legge che governa, non l'intento del legislatore. [...] Gli uomini possono avere l'intenzione che vogliono, ma sono solo le leggi da loro emanate a vincolarci»¹⁹⁴.

Il secondo principio su cui si basa la teoria originalista è quello per cui l'interprete della Costituzione «dovrebbe essere vincolato al significato originario del testo costituzionale»¹⁹⁵. Il giudice «non dovrebbe fondare la sua decisione su operazioni di pura “costruzione” giuridica, intesa come creazione (“politica”) di diritto mediante attività logicamente distinte dall'identificazione del significato originario – quali il bilanciamento, la valutazione delle conseguenze sociali prodotte dalla decisione, la massimizzazione del *welfare* e altro ancora»¹⁹⁶.

Il fine dell'originalismo è «ancorare il giudice al testo, allontanando la tentazione delle corti di adottare leggi in forma di sentenza»¹⁹⁷, così da garantire che le pronunce giudiziarie siano il più possibile oggettive, basate sulla lettera e sulla tradizione, e che non riflettano le valutazioni personali e l'orientamento ideologico dei giudici. Anche in caso di enunciati linguistici vaghi o ambigui l'interpretazione giudiziale dovrà restare nel perimetro dei possibili significati letterali di una disposizione, senza andare oltre né tantomeno contro la lettera della legge¹⁹⁸.

La teoria originalista non nega la necessità di aggiornare la legislazione per

¹⁹⁰ L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, cit., 463, che colloca il momento di passaggio, all'interno del mondo originalista, dalla *Doctrine of Original Intent* alla *Doctrine of Original Meaning* al discorso pronunciato da *Justice* Scalia nel 1986 davanti alla *Attorney General's Conference of Economic Liberties* a Washington, in cui Scalia sosteneva la necessità di passare dall'intenzione originaria dei *framers* all'intenzione originaria della Costituzione; cfr. A. SCALIA, *Address by Justice Antonin Scalia Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986)*, in U.S. Department of Justice, *Office of Legal Policy, Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook*, 1987, 101-106.

¹⁹¹ L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, cit., 459; ID., *The Public Meaning Thesis*, cit., 1957.

¹⁹² C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 91, la distinzione è tra il canone del c.d. *original intent* e quello del c.d. *original public meaning*. Il secondo costituisce ad oggi il canone di riferimento dell'originalismo.

¹⁹³ A. SARDO, *L'originalismo*, cit., 67.

¹⁹⁴ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, cit., 17.

¹⁹⁵ L.B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, cit., 460; ID., *Originalism Versus Living Constitutionalism*, cit., 1265 s.

¹⁹⁶ A. SARDO, *L'originalismo*, cit., 23.

¹⁹⁷ C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 91.

¹⁹⁸ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, cit., 24.

adeguarsi ai mutamenti della società, ma sostiene che tale adeguamento possa avvenire in via giurisprudenziale solo se la formulazione delle disposizioni costituzionali ammette questa possibilità; fuori da tale ipotesi, il compito di definire nuovi obiettivi e adottare nuove leggi spetta unicamente al legislatore¹⁹⁹. Gli originalisti sottolineano, in proposito, che il loro approccio è l'unico in grado di conciliare la revisione giudiziale con il principio democratico²⁰⁰: se si adotta una diversa teoria sull'interpretazione, il «governo delle leggi (*rule of law*), la separazione dei poteri e persino la democrazia sono tutti messi in pericolo»²⁰¹.

La decisione assunta dall'opinione di maggioranza nel caso *Dobbs* si basa su una interpretazione originalista della *Due Process Clause* del XIV emendamento, come è evidente dalla corposa motivazione, in cui il giudice Alito ha meticolosamente ripercorso secoli di esperienza giuridica americana alla ricerca di un supporto al riconoscimento del diritto costituzionale all'aborto.

L'impiego della teoria originalista emerge, parimenti, dalle considerazioni che *Dobbs* dedica al criterio che i giudici sono chiamati a seguire nello svolgimento della *judicial review of legislation* e dalla critica al *modus decidendi* della Corte Suprema nei precedenti *Roe* e *Casey*.

Quanto al primo profilo richiamato, la *majority opinion* in *Dobbs* si sofferma a più riprese sulla questione di quale approccio ermeneutico debba essere impiegato dai giudici della Corte Suprema per interpretare correttamente le disposizioni costituzionali.

Il giudice Alito ammonisce i giudici con riferimento alla diffusa tendenza a superare la lettera e gli insegnamenti ricavabili dalla storia e dalla tradizione giuridica e a sfruttare le disposizioni costituzionali come pretesto per fantasiose elaborazioni e proclamazioni di diritti e principi non enumerati nella Costituzione. Il giudice afferma che «nell'interpretare cosa significhi il riferimento del Quattordicesimo Emendamento alla “libertà”, ci dobbiamo guardare dalla tendenza umana naturale a confondere ciò che l'Emendamento tutela con le nostre ardenti opinioni sulle libertà di cui gli Americani dovrebbero godere»²⁰². *Justice Alito* osserva che «quando la Corte ha ignorato i “limiti appropriati” imposti dal “rispetto per gli insegnamenti della storia”...è caduta in una creazione giudiziaria del diritto a ruota libera che ha caratterizzato decisioni screditate»²⁰³.

Con riferimento all'impianto motivazionale di *Roe* e *Casey*, l'*opinion* di maggioranza critica a più riprese l'approccio creativo e attivista assunto della Corte Suprema.

¹⁹⁹ Ivi, 23; S. E. SACHS, *Originalism*, cit., 844 s.; A. SARDO, *L'originalismo*, cit., 27.

²⁰⁰ S. E. SACHS, *Originalism*, cit., 824; A. SCALIA, *Originalism*, cit., 854; W. H. REHNQUIST, *The Notion*, cit., 695 s.

²⁰¹ A. SARDO, *L'originalismo*, cit., 24.

²⁰² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, A, 2, 14.

²⁰³ *Ibidem*.

Il giudice Alito evidenzia come gli argomenti usati dalla Corte Suprema nei suddetti precedenti – come pure quelli impiegati in *Dobbs* dai loro difensori – abbiano carattere sostanzialmente politico.

I profili giuridicamente rilevanti della vicenda attengono alla possibilità di riconoscere un diritto all'aborto implicito nel testo della Costituzione mediante prove della presenza di tale diritto nella storia e tradizione giuridica americana: sul punto i difensori del diritto all'aborto non forniscono elementi per smentire la ricostruzione della maggioranza. Essi, invece, eludendo del tutto la questione giuridica, oppongono alle conclusioni di Alito un argomento politico: «i cambiamenti della società richiedono il riconoscimento di un diritto costituzionale ad ottenere l'aborto»²⁰⁴, perché, se si toglie l'aborto, «le persone saranno inibite dall'esercitare la loro libertà di scegliere i tipi di relazioni che desiderano e le donne non saranno in grado di competere con gli uomini sul posto di lavoro e in altre attività»²⁰⁵.

A proposito dello schema trimestrale elaborato in *Roe*, l'opinione di maggioranza ricorda come la giustificazione fornita dalla Corte Suprema del 1973 a sostegno di tale creativa elaborazione²⁰⁶ fosse la sua consonanza «con i pesi relativi dei rispettivi interessi coinvolti, con le lezioni e gli esempi della storia medica e giuridica, con la mitezza della common law, e con le esigenze date dai profondi problemi del tempo presente»²⁰⁷. Si tratta di considerazioni estranee al linguaggio di un organo giudicante e tipiche, al contrario, del linguaggio del legislatore: Alito osserva, in proposito, che «lo schema che *Roe* ha prodotto appariva come una legislazione, e la Corte ha fornito il tipo di argomentazione che ci si aspetterebbe da un organo legislativo»²⁰⁸.

Quanto alla soglia della *viability*, introdotta dalla pronuncia del 1973 per indicare il momento a partire dal quale gli Stati avrebbero potuto legittimamente tutelare la vita del nascituro, *Dobbs* ha affermato che si tratta di un criterio irragionevole, creato dalla Corte Suprema e imposto in modo uniforme «come si trattasse di una questione di diritto costituzionale»²⁰⁹, lasciando agli Stati «una libertà di regolamentare l'aborto inferiore a quella di cui gode la maggioranza delle democrazie occidentali»²¹⁰.

Con riferimento a *Casey*, nel respingere le affermazioni della sentenza del 1992 circa l'esistenza di una aspettativa sociale relativa alla disponibilità dei servizi abortivi, il giudice Alito ha ricordato che «la Corte non possiede gli stru-

²⁰⁴ Ivi, C, 1, 33.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Lo schema per trimestri viene definito da Alito come una pura invenzione (nelle parole del giudice, «*brainchild*») della Corte Suprema del 1973; cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, III, B, 1, a, 47.

²⁰⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, XI, 165.

²⁰⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, III, B, 1, b, 49.

²⁰⁹ Ivi, c, 53.

²¹⁰ *Ibidem*.

menti per valutare “asserzioni generalizzate a proposito della coscienza della Nazione”»²¹¹.

Alito definisce l'argomentare della Corte Suprema in *Roe* come un esercizio di *raw judicial power*, ossia di uno strapotere giudiziario, che ha usurpato la competenza a regolare una questione come l'aborto, complessa, caratterizzata da profonde implicazioni morali e sociali e inequivocabilmente rimessa dalla Costituzione al popolo americano e ai suoi rappresentanti²¹².

L'attivismo giudiziario, trasformando la funzione interpretativa in una attività di *law-making* non diversa da quella che compete al legislatore, ha pesanti ricadute sull'equilibrio di un sistema basato sulla divisione dei poteri, sul principio democratico e sulla sovranità popolare.

In uno dei passaggi finali di *Dobbs*, il giudice Alito ricorda che «come disse Alexander Hamilton, la Costituzione non dà al potere giudiziario “né forza né volontà”...La nostra unica autorità è quella di esercitare il “giudizio”, ossia l'autorità di giudicare il significato della legge e la sua applicazione al caso in questione»²¹³. Nel bilanciare gli interessi della donna e del concepito, la Corte si è allontanata dal principio per cui «le corti non sostituiscono le loro convinzioni sociali ed economiche al giudizio degli organi legislativi»²¹⁴.

Le osservazioni di Justice Alito sull'attivismo dei giudici di *Roe* si mostrano applicabili anche alle argomentazioni addotte dai tre giudici che hanno firmato la *dissenting opinion* in *Dobbs*.

I giudici dissenzienti rigettano *in toto* la pronuncia e l'*iter* argomentativo della maggioranza.

La *dissenting opinion* invoca, innanzitutto, argomenti per lo più politici ed estranei all'interpretazione della Costituzione, che rimandano alle (presunte) conseguenze sociali di un ritorno di legislazioni antiabortiste negli Stati Uniti. Tra queste conseguenze, sono evocate la discriminazione tra donne ricche e donne povere residenti negli Stati che vietano l'aborto, dato che solo le prime potranno permettersi di viaggiare per ottenere il servizio in un altro Stato²¹⁵; la diffusione dell'aborto clandestino²¹⁶; il grave pregiudizio alle donne e alla loro realizzazione sociale e professionale, per il fatto che spesso la contraccezione fallisce risultando in una gravidanza indesiderata²¹⁷.

La difesa dei precedenti *Roe* e *Casey* si basa su due argomenti principali.

Il primo è l'idea della Costituzione sia un insieme di previsioni generali, che, già nelle intenzioni dei Padri costituenti, si prestano a future evoluzioni sia

²¹¹ Ivi, E, 2, 64.

²¹² Ivi, A, 44.

²¹³ Ivi, IV, 68.

²¹⁴ Ivi, III, E, 2, 65; il principio, già affermato nella pronuncia *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963), Opinion of the Court, 730, viene ripreso e citato da Justice Alito.

²¹⁵ Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, 3.

²¹⁶ Ivi, II, C, 50.

²¹⁷ Ivi, 48 s.

nella portata sia nella finalità, in accordo con gli inevitabili cambiamenti della società²¹⁸. Tali evoluzioni rientrano nella competenza della Corte Suprema, mediatrice tra le istanze emergenti nella coscienza sociale e la Carta fondamentale ordinatrice del vivere civile²¹⁹. L'esempio più fulgido di tale prospettiva sarebbe proprio il XIV emendamento, che riconosce i diritti fondamentali di libertà e di uguaglianza a ogni individuo²²⁰.

Per i tre giudici dissenzienti, l'approccio originalista è da rigettare in quanto contrario a questo fondamentale assunto: il diritto costituzionale non è statico, è costituito essenzialmente dall'evoluzione dei precedenti della Corte Suprema e non dai «sentimenti di una vecchia generazione di uomini (che a loro volta credevano che il mondo progredisce e hanno redatto la Costituzione in modo da riflettere tale convinzione)»²²¹.

Roe e *Casey*, in quanto fedeli a questa prospettiva evolutiva, sono tutt'altro che erronee: esse rappresentano il modello per tutte le decisioni della Corte Suprema. I due precedenti «furono il prodotto di un cambiamento profondo e continuo nel ruolo delle donne nella seconda metà del ventesimo secolo»²²² di cui la Corte, prima ancora della legge statale, si era fatta interprete, attribuendo alle donne il «pieno controllo sulle loro decisioni riproduttive»²²³, ossia il diritto all'aborto, quale strumento per raggiungere l'emancipazione dai ruoli tradizionali e ottenere la piena eguaglianza²²⁴.

Il secondo argomento invocato dalla *dissenting opinion* a favore della conservazione di *Roe* e *Casey* è il rispetto del principio dello *stare decisis*: la maggioranza della Corte avrebbe violato questo fondamentale principio, siccome ha annullato due precedenti consolidati senza che vi fosse alcuna delle condizioni per cui la giurisprudenza suggerisce una deviazione dagli stessi.

Secondo i giudici dissenzienti, l'argomento principale che *Dobbs* adduce a sostegno dell'*overruling* è che la maggioranza «ritiene *Roe* e *Casey* «*egregiously wrong*»»²²⁵. Una regola del genere, «basata su niente di più che le nuove opinioni

²¹⁸ Ivi, I, B, 16.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Ivi, 29.

Si segnala che le osservazioni critiche contenute nella *dissenting opinion* di *Dobbs* sono state riprese da gran parte della dottrina italiana. Cfr., ad es., C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 95, che critica l'originalismo dell'opinione di maggioranza, osservando che «l'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L'originalismo elide l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale».

Nello stesso senso, cfr. A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 35 ss.

²²² Ivi, II, B, 2, 46.

²²³ Ivi, 47.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, II, 32.

di nuovi giudici»²²⁶, è inaccettabile, siccome «potrebbe parimenti segnare la fine di qualsiasi precedente con il quale una maggioranza risicata della Corte attuale non concorda»²²⁷.

In conclusione, la *dissenting opinion* accusa la maggioranza di aver sostituito «una *rule by judges* alla *rule of law*»²²⁸. Come osservato in dottrina, secondo la prospettiva dei giudici dissenzienti vi sarebbe una contraddizione interna alla decisione della maggioranza, la quale, pur invocando il canone originalista e la necessità dell'auto-limitazione dei giudici nell'esercizio delle loro prerogative, avrebbe assunto un atteggiamento "attivista" e creativo nei confronti dello *stare decisis* nel discostarsi dai precedenti senza sufficienti ragioni²²⁹. Se la Corte afferma di voler applicare la legge, secondo i giudici dissenzienti, deve applicare «soprattutto la legge dello *stare decisis*»²³⁰.

Se la tesi dell'opinione dissenziente poggia sulla premessa che non vi era alcun presupposto per annullare *Roe* e *Casey*²³¹, l'opinione di maggioranza, come si è visto, ha fornito una serie di ragioni a sostegno dell'*overruling*.

Secondo Justice Alito, *Dobbs* non ha abbandonato lo *stare decisis*. Al contrario, la *dissenting opinion* ha dato una interpretazione del principio «che rompe

²²⁶ Ivi, 33.

²²⁷ Ivi, 32.

²²⁸ Ivi, 33.

²²⁹ Cfr. C. CARUSO, *Originalismo*, cit., 92 s. L'Autore ritiene che in *Dobbs* la Corte Suprema abbia «mostrato uno spiccato attivismo», dal momento che «la legge del Mississippi oggetto di scrutinio è stata salvata a prezzo dell'*overruling* di due *landmark decisions* come *Roe* e *Casey*», ossia allontanandosi «dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è garanzia di certezza del diritto e *limite* al potere creativo dei giudici e alle loro erratiche preferenze». Per Caruso, l'utilizzo dell'argomento originalista in *Dobbs* si traduce in uno «stratagemma retorico-persuasivo, funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore che riveda alcune tre le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili».

Nello stesso senso, cfr. E. GRANDE, *Dobbs*, cit., 84. L'Autrice osserva che «perché una deviazione dallo *stare decisis* non sia sentita come l'espressione di un *judicial activism* di stampo politico occorre che gli argomenti giuridici utilizzati siano particolarmente stringenti e dotati di grande coerenza logica, mentre – come si è avuto modo di illustrare – le giustificazioni fornite dalla maggioranza in *Dobbs* per andare al di là del *petitum* e rovesciare *Roe* e *Casey* non appaiono tali».

Sul complicato rapporto tra la dottrina del precedente vincolante e l'approccio originalista all'interpretazione della Costituzione, cfr. M. J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *The George Washington Law Review*, n. 1, 1991, 68 ss.; C. NELSON, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, n. 1, 2001; T. W. MERRILL, *Originalism, Stare Decisis and the Promotion of Judicial Restraint*, in *Columbia Law School*, 2005, 271 ss.; J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, n. 2, 2009; N. LUND, *Stare Decisis and Originalism: Judicial Disengagement from the Supreme Court's Errors*, in *George Mason Law Review*, n. 4, 2012, 1029 ss.; A. CONEY BARRETT, *Originalism and Stare Decisis*, in *Notre Dame Law Review*, n. 5, 2017, 1921 ss.; S.C. EHRLICH, R. M. RODENBERG, *Tracking the Evolution of Stare Decisis*, in *University of Louisville Law Review*, n. 1, 2021, 57 ss.

²³⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, II, D, 56.

²³¹ Ivi, 57.

con la tradizione»²³², siccome considera, quale pressoché unica giustificazione per l'annullamento di un precedente, il fatto che siano intervenuti cambiamenti di diritto o di fatto che minano le basi originali della decisione²³³. L'argomento è opinabile sotto due punti di vista. Da una parte, gli sviluppi nella giurisprudenza successiva a *Casey* evidenziano cambiamenti e un generale fallimento nel tentativo di risolvere la questione del diritto all'aborto in modo soddisfacente²³⁴; dall'altra, l'esame di precedenti casi di *overruling* mostra come questi fossero *egregiously wrong* fin da principio, non per effetto del trascorrere del tempo e del verificarsi di qualche cambiamento²³⁵.

D'altronde, se è vero che lo *stare decisis* è una regola di rilievo centrale nella giurisprudenza nordamericana, è pur vero che intenderlo come "comando inesorabile" significherebbe (e avrebbe significato, in passato) che non si può tornare indietro rispetto a derive gravemente errate della Corte Suprema²³⁶. Alito conclude affermando che «a volte la Corte sbaglia, e a volte emette una decisione importante che è clamorosamente sbagliata. Quando ciò accade, lo *stare decisis* non è una camicia di forza»²³⁷.

È evidente, dall'analisi condotta, la radicale inconciliabilità delle due impostazioni interpretative e la divisione esistente nell'attuale Corte Suprema USA, dove queste convivono.

In conclusione, l'opinione di maggioranza in *Dobbs* ha operato «un riassestamento dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario»²³⁸. La giurisdizione deve avere natura cognitiva, non creativa²³⁹: superare i «limiti della discrezionalità interpretativa»²⁴⁰ attraverso sentenze creative e "politiche" equivale, infatti, a «contraddire...i principi della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri e perciò...minare la stessa legittimazione dell'indipendenza dei giudici»²⁴¹.

La pronuncia marca una inversione di tendenza rispetto al *judicial activism*, che ha caratterizzato tante pronunce "politiche" della Corte Suprema, in favore del ripristino della centralità del principio democratico, della sovranità popolare e dell'equilibrio tra poteri nel rispetto delle reciproche sfere di competenza.

Se, infatti, è innegabile che «il diritto non sia costituito in ordinamento fisso ed immutabile, capace di determinare e cristallizzare il comportamento umano

²³² Ivi, Opinion of the Court, V, A, 1, 69.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ Ivi, 2, 70 s.

²³⁵ Ivi, 1, 69.

²³⁶ Ivi, IV, 68.

²³⁷ Ivi, V, A, 1, 70.

²³⁸ F. VARI, M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs*, cit.

²³⁹ Sulla differenza tra creazionismo e cognitivismo della giurisdizione cfr. anche L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 10 s.

²⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 24.

²⁴¹ *Ibidem*.

in ogni suo aspetto»²⁴² ma sia, invece, un diritto «“vivente” desumibile dal concreto rapportarsi ed atteggiarsi dei soggetti costituzionali che ne individuano – volta a volta – il reale contenuto nella concretezza dell’applicazione quotidiana»²⁴³, è necessario parimenti che «ciascuno dei soggetti coinvolti faccia la sua parte, senza prevaricazioni»²⁴⁴.

6. *La Due Process Clause secondo la concurring opinion di Justice Thomas: originalismo nell’originalismo.* – Il giudice Thomas, «uno dei più fedeli difensori dell’originalismo del panorama attuale»²⁴⁵, ha sottoscritto dispositivo e motivazioni dell’opinione di maggioranza in *Dobbs*, aderendo alle affermazioni del giudice Alito per cui il diritto all’aborto non è riconducibile alla *Due Process Clause* del XIV emendamento della Costituzione, in quanto estraneo alla storia e tradizione giuridica americana e al concetto di “libertà ordinata” che emerge dalla Costituzione.

Ciononostante, Thomas ha voluto «enfaticamente una seconda e più fondamentale ragione per cui non vi è alcuna garanzia dell’aborto nascosta nella *Due Process Clause*»²⁴⁶, redigendo una personale *concurring opinion* alla sentenza.

Come si è avuto modo di illustrare, la Corte Suprema del 1973 aveva inquadrato il controverso diritto all’aborto nel concetto di “libertà” protetto dalla *Due Process Clause* del XIV emendamento, allineandosi a quel filone giurisprudenziale che, per il tramite di una interpretazione sostanziale della clausola (c.d. *Substantive Due Process*), aveva ricondotto ad essa una serie di diritti di libertà non enumerati nella Costituzione relativi alla sfera sessuale, matrimoniale e familiare²⁴⁷.

L’utilizzo della *Substantive Due Process* ha caratterizzato anche vicende giurisprudenziali più recenti. La clausola ha permesso di riconoscere rango costituzionale a nuovi diritti riferibili all’ambito dell’autodeterminazione, superando le differenze presenti nelle legislazioni statali con un’uniformità imposta dal giudice federale. Si tratta, in molti casi, di questioni divisive e controverse, su cui il giudizio del popolo americano non è univoco: si pensi, ad esempio, al diritto costituzionale di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, affermato nella sentenza della Corte Suprema *Obergefell v. Hodges*²⁴⁸ del 2015.

Il giudice Thomas prende in esame proprio l’interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* del XIV emendamento e porta alle conseguenze più

²⁴² S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore?*, cit., 1494.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ A. SARDO, *L’originalismo*, cit., 66.

²⁴⁶ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022), Thomas, J., concurring, 1.

²⁴⁷ Cfr., *supra*, § 2, nota 26.

²⁴⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

radicali e rigorose il ragionamento storico e originalista dell'opinione di maggioranza.

Dapprima, egli osserva come, da un punto di vista testuale, la clausola stabilisce che gli Stati «non possono privare nessuno della vita, della libertà, o della proprietà senza un giusto processo». Le evidenze storiche supportano due possibili interpretazioni della clausola: per una prima, essa obbliga «gli attori esecutivi e giudiziari a conformarsi alle previsioni legislative e alla *common law*»²⁴⁹ nel privare un individuo della vita, della libertà o della proprietà; per una seconda, essa proibisce al legislatore «di autorizzare la privazione della vita, della libertà, o della proprietà di una persona senza fornirle le procedure previste dalla consuetudine a cui gli uomini liberi avevano diritto secondo la *old law of England*»²⁵⁰. In ambedue i casi, è evidente che la clausola ha natura procedurale, non sostanziale.

Al contrario, l'idea di una *Substantive Due Process* che impedisce del tutto agli Stati di limitare una serie indefinita di diritti fondamentali, nominati e innominati, costituisce una «finzione giuridica»²⁵¹, frutto di una interpretazione creativa della clausola, che contraddice il dato testuale e storico²⁵².

Per Thomas, siccome la *Substantive Due Process* non ha fondamento nella Costituzione, la soluzione della controversia doveva essere ancora più semplice ed immediata: «dal momento che la *Due Process Clause* non tutela alcun diritto sostanziale, non tutela nemmeno il diritto all'aborto»²⁵³.

Secondo il giudice, la Corte Suprema dovrebbe annullare tutti i precedenti basati sulla *Substantive Due Process* e ripristinare il senso originario della clausola, perché questa interpretazione sostanziale non solo è infondata, ma anche pericolosa.

La clausola intesa in senso sostanziale è pericolosa, innanzitutto, perché accresce il potere dei giudici, a scapito di quello del popolo, e favorisce l'attivismo giudiziario²⁵⁴. Infatti, quando, sulla base della clausola, la Corte Suprema

²⁴⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Thomas, J., concurring, 1 s.

²⁵⁰ *Ivi*, 2.

²⁵¹ *Ivi*, 4.

²⁵² *Ivi*, 2.

Nello stesso senso, cfr. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, cit., 24 s.: «Well, it may or may not be a good thing to guarantee additional liberties, but the Due Process Clause quite obviously does not bear that interpretation. By its inescapable terms, it guarantees only process. [...] To say otherwise is...to render democratically adopted texts mere springboards for judicial lawmaking».

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Nello stesso senso, cfr. W.J. BROCKELBANK, *Role of Due Process*, cit., 561, secondo il quale il ruolo creativo della giurisprudenza della Corte Suprema «è più che mai evidente nell'interpretazione della *due process clause*» [corsivo nostro]; D.O. CONKLE, *Three Theories*, cit., 78 s., per cui «non sorprende che alcuni abbiano condannato l'intera idea del giusto processo sostanziale, definendola un'ingiustificata usurpazione giudiziaria del potere politico e una flagrante violazione del principio fondamentale dell'autogoverno maggioritario»; R.H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990, 32 s., il quale afferma che «la trasformazione della *due pro-*

ha riconosciuto nuovi diritti fondamentali, essa ha svolto un'attività più simile a quella di *policymaking* che all'esame neutrale della legge, che invece le compete²⁵⁵. Il giudice che si fa legislatore crea (nelle parole di Thomas, «*divines*», ossia «presagisce», «indovina») nuovi diritti in base alle proprie preferenze e al proprio sistema di valori; inserendoli nel contenuto della Costituzione, egli invalida tutte le leggi statali che ad essi non risultano conformi²⁵⁶. Ciò è più che mai evidente nei due precedenti *Roe* e *Casey*. Per Thomas, il diritto all'aborto non era altro che «un obiettivo politico alla disperata ricerca di una giustificazione costituzionale»²⁵⁷.

In secondo luogo, l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* distorce altre aree del diritto costituzionale. Infatti, ogniqualvolta un diritto fondamentale viene riconosciuto nei confronti di un certo gruppo di individui, il divieto costituzionale di discriminazione, contenuto nella *Equal Protection Clause*, impone alla Corte Suprema un controllo rigoroso (c.d. *strict scrutiny*) delle legislazioni statali che non riconoscono quel diritto ad un altro gruppo di individui²⁵⁸. Facilmente a seguito di uno *strict scrutiny* la legge statale viene invalidata e il diritto finisce per estendersi a soggetti e situazioni per cui non era stato inizialmente pensato. Se quel diritto non avesse avuto rango costituzionale, il controllo sarebbe stato meno approfondito (c.d. *cursory review*)²⁵⁹.

Justice Thomas ritiene, tuttavia, corretta la scelta della maggioranza di non contestare la legittimità della lettura sostanziale della *Due Process Clause*. Secondo il giudice l'atteggiamento di *self-restraint* tenuto dalla *majority opinion*

cess clause da garanzia procedurale a garanzia sostanziale fu un'ovvia messinscena, una messinscena epocale, perché questa fu la prima apparizione nel diritto costituzionale americano del concetto di «*substantive due process*», e da allora quel concetto è stato usato innumerevoli volte da giudici che vogliono scrivere le loro convinzioni personali in un documento che, molto scomodamente, non contiene tali convinzioni»; N. LUND, J.O. MCGINNIS, *Lawrence v. Texas and Judicial Hubris*, in *Michigan Law Review*, 2004, VII, 1557, dove la *Substantive Due Process* è definita «la branca più anticostituzionale del diritto costituzionale».

²⁵⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Thomas, J., concurring, 4.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ivi*, 5.

²⁵⁸ *Ivi*, 5 s.

Con lo *strict scrutiny* la Corte Suprema è chiamata a verificare se il sacrificio imposto da una legge al godimento di un diritto fondamentale non abbia ecceduto quanto strettamente necessario per tutelare un altro interesse statale di pari rilevanza, pena l'incostituzionalità della normativa oggetto della controversia; cfr., sul tema, nella vasta dottrina, R.R. KELSO, *Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The "Base Plus Six" Model and Modern Supreme Court Practice*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2002, II, 225 ss.; A.N. ANCHETA, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2004, I, 21 ss.; A. SIEGEL, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, in *The American Journal of Legal History*, 2006, IV, 355 ss.; E. GERSTMANN, C. SHORTELL, *The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases*, in *University Of Pittsburgh Law Review*, 2010, I, 1 ss.; A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt Law Review*, 2019, III, 793 ss.

²⁵⁹ *Ivi*, 6.

è opportuno, innanzitutto perché non era necessario mettere in discussione la giurisprudenza sul XIV emendamento per risolvere la controversia in esame. Per annullare *Roe* e *Casey* e dichiarare l'inesistenza del diritto costituzionale all'aborto è sufficiente evidenziare l'unicità della scelta di abortire, data dalle sue inevitabili conseguenze sul concepito: ciò rende evidente come l'aborto sia sostanzialmente diverso dagli altri diritti di libertà a cui la Corte ha riconosciuto rango costituzionale. In secondo luogo, il *self-restraint* è motivato dal fatto che nel caso *Dobbs* nessuna delle parti aveva chiesto alla Corte di chiarire il significato della *Due Process Clause*.

Thomas conclude affermando che in futuro la Corte Suprema dovrà «riconsiderare tutti i precedenti...sul giusto processo in chiave sostanziale»²⁶⁰, giacché «ogni decisione in materia di giusto processo sostanziale è dimostrabilmente errata»²⁶¹, e, così, ripristinare una corretta lettura della Costituzione, coerente col fatto che questa «stabilisce alcuni diritti sostanziali che non possono essere violati, e aggiunge, oltre a ciò, un diritto al giusto processo quando la vita, la libertà, o la proprietà devono essere limitate»²⁶².

Va osservato che, benché *Dobbs* non abbia contestato l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause*, il criterio storico del radicamento nella tradizione, impiegato da Alito per stabilire se un diritto innominato possa essere ricondotto alla clausola, adombra una possibile futura revisione dei precedenti che, anche in epoca recente, sulla scorta della *Substantive Due Process* hanno introdotto diritti costituzionali nuovi e del tutto sconosciuti al diritto americano.

Non appare, però, del tutto condivisibile l'osservazione polemica dei tre giudici dissenzienti, secondo i quali, di fronte all'utilizzo del criterio storico, è «impossibile comprendere... come la maggioranza possa dire che la sua *opinion* oggi non minaccia – e nemmeno indebolisce – un certo numero di altri diritti costituzionali»²⁶³. L'osservazione è solo in parte corretta: se è vero che anche altri nuovi diritti, riconosciuti in via giurisprudenziale a partire dalla *Due Process Clause*, non supererebbero il *test* del radicamento nella tradizione giuridica americana, è pur vero che il diritto all'aborto pone anche altre questioni, che lo rendo imparagonabile a un qualunque altro diritto di libertà, innanzitutto quella della protezione della vita del concepito. È, dunque, corretta l'affermazione dell'opinione di maggioranza per cui la sentenza *Dobbs* non è suscettibile di avere ricadute dirette sulla garanzia di altri diritti riconosciuti in via giurisprudenziale dalla Corte Suprema.

²⁶⁰ Ivi, 3.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² Ivi, 7.

²⁶³ Ivi, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, I, B, 27.

7. *Conclusioni. La tutela del concepito negli USA dopo Dobbs.* – La decisione *Dobbs* della Corte Suprema USA «è potenzialmente foriera di conseguenze epocali»²⁶⁴, in quanto rende possibile agli Stati tutelare in maniera più ampia il diritto alla vita del bambino non ancora nato.

Quando la Corte ha deciso di concedere il *certiorari*, 26 Stati americani hanno chiesto che fossero annullati i precedenti *Roe* e *Casey* e il potere di regolamentare l'aborto fosse restituito ai rappresentanti eletti dai cittadini. Non stupisce, quindi, che in seguito alla pubblicazione di *Dobbs*, la metà degli Stati federati sia intervenuta legislativamente o per vietare l'aborto volontario ad ogni stadio della gravidanza o per limitarlo in modo assai più incisivo di quanto fosse possibile durante la vigenza di *Roe*²⁶⁵.

Alcuni Stati, al contrario, hanno ampliato la possibilità di ricorrere all'aborto o hanno blindato il relativo diritto, inserendolo all'interno delle costituzioni statali²⁶⁶.

Infine, ad oggi sette Stati riconoscono il diritto all'aborto volontario a tutti gli stadi della gravidanza, anche oltre la *viability*, quando il feto è capace di vivere autonomamente al di fuori dell'utero materno²⁶⁷.

In sintesi, l'accesso all'aborto negli Stati Uniti risulta ad oggi profondamente differenziato tra Stato e Stato, in ragione del diverso peso che assumono, nella valutazione dei cittadini, gli interessi coinvolti, in particolare la tutela della vita del concepito e il diritto di scelta della donna.

Un tale mosaico normativo riflette quanto stabilito dalla sentenza *Dobbs*: «la Costituzione non garantisce un diritto all'aborto. *Roe* e *Casey* devono essere annullate, e il potere di regolamentare l'aborto deve essere restituito al popolo e ai suoi rappresentanti eletti»²⁶⁸.

Se si considerano alcuni suoi passaggi, la pronuncia *Dobbs* sembra non riconoscere alcun diritto costituzionale in capo al nascituro. La Corte, ad esempio, pur dichiarando «ampiamente dimostrato»²⁶⁹ il fatto che le leggi statali vigenti

²⁶⁴ F. VARI, M. VITTORI, *Prime note sulla sentenza Dobbs*, cit.

²⁶⁵ Una mappa interattiva, elaborata dal Guttmacher Institute, che mostra le differenti normative degli Stati americani in tema di aborto è disponibile al seguente indirizzo: <https://states.guttmacher.org/policies/>. Similmente, anche il New York Times ha dedicato una pagina al monitoraggio delle legislazioni antiabortiste nel Paese, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>.

²⁶⁶ V. COLLIVER, *California voters guarantee abortion rights in state constitution*, in *Politico*, 11 settembre 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.politico.com/news/2022/11/09/california-abortion-rights-state-constitution-00065820>; A. M. OLLSTEIN, *Michigan votes to put abortion rights into state constitution*, in *Politico*, 11 settembre 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.politico.com/news/2022/11/09/michigan-abortion-amendment-results-2022-00064778>.

²⁶⁷ Si tratta dello Stato di New York, New Jersey, New Mexico, Vermont, Colorado, Oregon, Alaska e Washington, D.C.; cfr. M. KEKATOS, K. KINDELAN, *Where abortion stands in each state a year since the overturning of Roe v. Wade*, ABC News, 22 giugno 2023, disponibile al seguente indirizzo: <https://abcnews.go.com/US/abortion-stands-state-year-overturning-roe-wade/story?id=100229092>.

²⁶⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, IV, 69.

²⁶⁹ Ivi, B, 3, 29.

dall'epoca dell'adozione del XIV emendamento vietavano l'aborto a motivo della «sincera convinzione che l'aborto uccide un essere umano»²⁷⁰, precisa, tuttavia, che «si può non essere d'accordo con questa convinzione (e la presente decisione non si basa su alcuna concezione circa il momento in cui uno Stato dovrebbe considerare la vita prenatale come titolare di diritti o interessi giuridicamente rilevanti)»²⁷¹. Più avanti, in un passaggio già citato²⁷², Justice Alito chiarisce che l'*opinion* della maggioranza non è fondata su alcuna concezione in merito a «se e quando la vita prenatale è titolare di uno qualsiasi dei diritti che si godono dopo la nascita»²⁷³. Ciò a differenza di *Roe* e *Casey*, che avevano imposto agli Stati la concezione per cui i diritti della personalità si acquistano solo alla nascita.

Quando rimette la disciplina dell'aborto alla competenza statale, *Dobbs* sembra affermare che la Costituzione americana è compatibile, in via di principio, con regolamentazioni di contenuto opposto, vale a dire sia con il divieto di aborto volontario ad ogni stadio della gravidanza sia con il diritto di aborto volontario fino addirittura alla nascita del bambino. La Corte afferma, in proposito, che «in alcuni Stati, gli elettori potrebbero ritenere che il diritto di abortire debba essere perfino più ampio di quello riconosciuto in *Roe* e *Casey*. Gli elettori di altri Stati potrebbero voler imporre rigorose restrizioni basate sulla loro convinzione che l'aborto distrugge un "essere umano non nato"... La concezione storica di libertà ordinata propria della nostra Nazione non impedisce ai rappresentanti eletti dal popolo di decidere come regolamentare l'aborto»²⁷⁴.

Una conferma di questo atteggiamento si trova nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh. Egli dichiara che «in tema di aborto la Costituzione non è... né *pro-life* né *pro-choice*. La Costituzione è neutrale e lascia la soluzione della questione ai cittadini e ai loro rappresentanti eletti mediante il processo democratico»²⁷⁵.

Nondimeno, una parte della dottrina ha osservato come, a un più attento esame, *Dobbs* si riveli una pronuncia favorevole al diritto alla vita del concepito. La sentenza, infatti, lascia aperte alcune questioni cruciali, ponendo «le basi necessarie in future controversie per garantire agli esseri umani non nati tutte le protezioni che meritano in quanto "persone"»²⁷⁶.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Cfr., *supra*, § 4.2, nota 89.

²⁷³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), Opinion of the Court, II, D, 3, 38.

²⁷⁴ *Ivi*, C, 1, 31.

²⁷⁵ *Ivi*, Kavanaugh, J., concurring, I, 2.

Bisogna ricordare che la *concurring opinion* non è vincolante, specialmente laddove, come nel caso di Kavanaugh, il giudice abbia aderito sia al dispositivo sia alle motivazioni dell'opinione di maggioranza (c.d. *simple concurrence*): cfr. I. KIRMAN, *Standing Apart to Be a Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions*, in *Columbia Law Review*, 1995, VIII, 2084 s.

²⁷⁶ Cfr. G.V. BRADLEY, *Dobbs and Constitutional Limits on Abortion*, in *the Human Life Re-*

Un primo esempio di questa apertura è dato dall'utilizzo dell'espressione "vita potenziale", mutuata da *Roe*²⁷⁷, che Alito impiega per distinguere l'aborto dalle altre declinazioni della *privacy* ed escludere che il diritto di abortire possa essere ricondotto alla *Substantive Due Process Clause*²⁷⁸.

Nel 1973 il giudice Blackmun, estensore dell'opinione di maggioranza in *Roe*, aveva coniato tale espressione, sconosciuta alla legislazione statale in materia di aborto, con due obiettivi: rigettare l'idea che la vita umana inizia con il concepimento e ridimensionare l'interesse statale alla regolamentazione dell'aborto²⁷⁹.

Se è vero che l'embrione, prima, e il feto, poi, possiedono "in potenza" alcune caratteristiche che nel neonato appaiono "in atto", nondimeno la potenzialità non può essere riferita alla presenza di "vita", a meno di non incorrere in un macroscopico errore scientifico²⁸⁰. La c.d. "vita potenziale", ossia una vita che potrebbe esistere in astratto ma non è ancora esistente in concreto, è, piuttosto, quella che in generale – e con l'eccezione dei casi in cui invece ha una efficacia distruttiva del concepito – viene in questione nella contraccezione. Al contrario, l'aborto distrugge una vita umana che esiste già. Siccome *Dobbs* ha affermato che l'aborto è unico e diverso da ogni altra scelta privata, inclusa la contraccezione, la questione di *cosa* effettivamente l'aborto distrugga potrebbe (e dovrebbe) essere chiarita anche dalla Corte Suprema in futuro²⁸¹.

Un secondo aspetto, nella prospettiva sopra indicata, della pronuncia *Dobbs* è quello relativo al riconoscimento della "personalità" del concepito. *Roe* rappresentava l'unica sentenza della Corte Suprema USA ad aver negato l'applicabilità della categoria di persona al nascituro, escludendo che questo potesse essere titolare del diritto alla vita²⁸². L'annullamento di *Roe*, facendo venire meno sia il diritto costituzionale all'aborto, sia la premessa su cui il diritto si fondava, ossia il fatto che il nascituro non è una persona, ha riaperto per la prima volta la questione²⁸³.

In proposito, l'argomento con cui la Corte in *Dobbs* ha rigettato la soglia della *viability*, ossia il fatto che essa si riferisce non ad una qualità del feto ma ad una circostanza dipendente da fattori esterni, sembra utile a guidare una futura riflessione sul tema della "personalità" del nascituro. L'essere umano non ancora nato non potrà vedersi negato lo *status* di persona, e il diritto alla vita che su

view, 23 agosto 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://humanlifereview.com/dobbs-and-constitutional-limits-on-abortion/>.

²⁷⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Opinion of the Court, VIII, 150.

²⁷⁸ Cfr., *supra*, § 4.2.

²⁷⁹ Cfr. G.V. BRADLEY, *Life after Dobbs*, in *First Things*, agosto/settembre 2023, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.firstthings.com/article/2023/08/life-after-dobbs>.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*.

questo si fonda, a meno che non si dimostri che una qualche caratteristica sostanziale lo differenzia dall'essere umano già nato²⁸⁴.

Infine, sempre nella accennata prospettiva, come detto²⁸⁵, *Dobbs* ha individuato nel *rational basis review* il test utilizzabile dalla Corte Suprema per valutare la legittimità delle legislazioni in materia di aborto. In futuro, se la Corte riconoscerà la “personalità” del concepito, è evidente che l'applicazione di tale criterio non potrà che portare all'incostituzionalità di ogni legislazione permissiva in materia di aborto volontario, perché non è razionalmente sostenibile la prevalenza del diritto all'autodeterminazione della donna sul diritto alla vita del nascituro²⁸⁶.

Alla luce di tali ultimi rilievi e in sintesi, il fatto che *Dobbs* ha rimesso la regolamentazione dell'aborto agli Stati non esclude che, proprio sulla base di presupposti contenuti nella pronuncia, la Corte torni ad occuparsi della materia per riconoscere tutela costituzionale alla vita del concepito. Ciò non costituirebbe un abuso di potere giurisdizionale, ma sarebbe in linea con una interpretazione originalista della Costituzione. Infatti, da un lato, la tutela del concepito si ricava dal significato oggettivo originale della nozione di “persona” di cui al XIV emendamento, che è idonea a ricomprendere ogni essere umano senza arbitrarie discriminazioni²⁸⁷; dall'altro, essa è coerente con il fatto che, per la storia e la tradizione giuridica americana, non solo l'aborto non era un diritto, ma era generalmente considerato un crimine.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Cfr., *supra*, § 4.4.

²⁸⁶ G.V. BRADLEY, *Life after Dobbs*, cit.

²⁸⁷ Sulla possibilità, alla luce di una lettura originalista della Costituzione americana, di riconoscere la “personalità” del concepito e l'esistenza di un divieto costituzionale di aborto, cfr. J.J. CRADDOCK, *Protecting Prenatal Persons: Does the Fourteenth Amendment Prohibit Abortion?*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2017, II, 539 ss.; J. FINNIS, R. GEORGE, *An Enhanced Amicus Brief in Dobbs*, 2 novembre 2021; A. VERMEULE, *How to Read Dobbs*, in *Ius & Iustitium*, 25 giugno 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://iustiustitium.com/how-to-read-dobbs/>.