



Elisabetta Grande

(professore ordinario di Sistemi giuridici comparati nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali)

***Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico
in tema di aborto ****

*Dobbs: the alarming implications of a political overturning
of the right to abortion **

ABSTRACT: With *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* the Supreme Court of United States overturned *Roe v. Wade*, upending almost 50 years of abortion rights in the United States. In commenting the case this article highlights the many problems arising from the decision: its bringing about new divisive legal issues; its possible outreach in terms of other fundamental liberties that could soon be cancelled; and especially the decline of the Supreme Court legitimacy that could call into question its very judicial review power.

SOMMARIO: 1. Una sentenza attesa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* - 2. Motivazioni offensive e preoccupanti - 3. Una decisione all'insegna del principio democratico e della chiarezza normativa? - 4. Questioni spinose - 5. *Dobbs*, ovvero la morte del potere di *judicial review* della SCOTUS?

1 - Una sentenza attesa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, la sentenza con cui il 24 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti ha cancellato, quasi mezzo secolo dopo averlo affermato, il diritto delle donne statunitensi a interrompere volontariamente la propria gravidanza, era una decisione in qualche modo attesa. Già da quando, a dicembre 2021, la discussione orale aveva visto la gran parte dei giudici conservatori (ormai 6 su 9) su posizioni favorevoli alla revisione di *Roe v. Wade* - la pronuncia con la

* Contributo sottoposto a valutazione - Article submitted to a double-blind review.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. _ (2022). Il testo ufficiale della sentenza è reperibile all'url 19-1392 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (06/24/2022) (supremecourt.gov).



quale nel 1973 la così detta *autonomy privacy* (per distinguerla dalla a noi più nota *informational privacy*²) aveva trovato radicamento nel XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti³ - era apparso chiaro che il diritto di abortire sarebbe stato modificato⁴. Fra rivedere quel diritto e cancellarlo radicalmente c'è però un'enorme differenza e in molti avevano immaginato che il *Chief Justice Roberts*, pur non godendo più del voto dirimente (il così detto *swing vote*) - come accadeva prima della nomina di Amy Coney Barrett a giudice supremo - grazie alla sua autorevolezza avrebbe potuto convincere la maggioranza a limitarsi a giudicare costituzionalmente legittima la legge del Mississippi, senza andare al di là del *petitum*⁵. La questione sottoposta al giudizio della Corte riguardava, infatti, la costituzionalità di una normativa, fino a quel momento dichiarata illegittima dalle Corti federali inferiori, che in Mississippi vietava alle donne di abortire dopo la 15^{ma} settimana, in contrasto con quanto affermato dalla SCOTUS (*Supreme Court of the United States*) in *Roe v. Wade* nel 1973 e poi confermato in *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* nel 1992⁶. In base a quelle due decisioni il diritto di interrompere la gravidanza era garantito alle donne fino al momento in cui il feto non fosse capace di vivere di vita autonoma fuori dal grembo materno (la così detta *viability*), ciò che avviene intorno alla 24^{ma} settimana di gravidanza. Per la penna di *Justice Alito*, che redige l'opinione della maggioranza, la Corte decide invece di tagliare la testa al toro e di rovesciare *in toto* *Roe* e *Casey*, negando in radice l'esistenza di un diritto a abortire che sia costituzionalmente protetto a livello federale. Le motivazioni con cui ciò avviene sono a un tempo offensive e - per l'approccio strettamente testualista e originalista adottato - foriere di preoccupazione per la sopravvivenza di altri diritti che nell'*autonomy privacy* hanno trovato posto nel tempo.

² Sul tema resta fondamentale V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005.

³ "This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy", scrive la Corte Suprema in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), a p. 153.

⁴ Cfr. per esempio <https://www.nytimes.com/2021/12/01/opinion/supreme-court-abortion-mississippi-law.html>

⁵ Fra gli altri cfr. <https://www.politico.com/news/2022/06/24/biden-its-a-sad-day-for-the-court-and-for-the-country-00042291>

⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).



2 - Motivazioni offensive e preoccupanti

Roe era stata seguita per quasi mezzo secolo da tutte le Corti statunitensi e 19 anni dopo aveva pure superato un vaglio di costituzionalità con *Casey*. In quest'ultima pronuncia la Corte Suprema aveva ribadito la soglia della *viability*, pur accogliendo il principio che fin dal primo semestre fosse possibile imporre condizioni, purché non costituenti degli *undue burdens* (oneri eccessivi), per cui richiedere per esempio che la donna fosse informata delle conseguenze di un aborto era legittimo, mentre non lo era domandarle di informare della sua decisione di interrompere la gravidanza il padre del concepito. Ciò nonostante, con *Dobbs Roe* viene bollata come una decisione "*egregiously wrong*" e il ragionamento sottostante come "*exceptionally weak*"⁷. Sono termini pesantissimi, che gettano discredito sulla stessa istituzione che Alito e la maggioranza rappresentano e che, come si dirà meglio oltre, rischiano di travolgere la credibilità della SCOTUS, la cui legittimazione come giudice delle leggi trova linfa vitale nella riconosciuta autorevolezza tecnica dei suoi componenti.

Il diritto di abortire non è fra quelli enumerati nel testo della Costituzione, scrive Alito per la maggioranza, né esso risulta profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni del paese ("*deeply rooted in [our] history and tradition*"⁸), di talché si possa immaginare che i padri costituenti (davvero solo padri, perché le madri ahimè non avevano neppure il diritto di voto!) lo avessero avuto in mente al momento della redazione degli emendamenti. Essi non lo avevano in mente, afferma la maggioranza, né nel 1791 - quando furono redatti i primi dieci emendamenti del *Bill of Rights* - né nel 1868, quando fu approvato il quattordicesimo emendamento, nel quale viceversa *Roe* e *Casey* radicano, come si è detto, il diritto all'*autonomy privacy*. Attribuendo a quell'emendamento un significato di *substantive due process protection*, ossia di tutela sostanziale e diretta, non solo procedurale, delle libertà fondamentali, nel termine libertà ("nessuno può essere privato della vita, della *libertà* e della proprietà senza un giusto processo", enuncia il XIV emendamento, riprendendo la formula del V, rivolgendosi questa volta però agli Stati e non al solo ordinamento federale come faceva il V) le due decisioni avevano ricompreso un diritto fondamentale

⁷ Cfr. *Dobbs*, p. 6.

⁸ Cfr. *Dobbs*, p. 5.



all'autodeterminazione individuale, il *right of privacy*⁹, all'interno del quale trovava posto la possibilità di interrompere la propria gravidanza quale diritto di effettuare "scelte intime e personali", che sono "centrali per l'autonomia e la dignità della persona"¹⁰. Per la maggioranza, che aderisce con convinzione a un'interpretazione originalista della Costituzione - che non ammette un'interpretazione evolutiva della Carta fondata sul mutamento del sentimento collettivo - si tratta di una lettura profondamente sbagliata. Nelle parole di Justice Alito sarebbe stato un errore marchiano ricomprendere nel testo costituzionale la libertà della donna di autodeterminarsi in ordine alla propria capacità riproduttiva, giacché non si tratterebbe di un diritto profondamente radicato nella storia e nella tradizione del paese. Ciò, nonostante - come fa notare la minoranza dissenziente - già ai tempi di Blackstone, Hale e Coke l'aborto prima del movimento del feto nel grembo della madre (il così detto "*quickening*") non fosse punito, né lo fosse nel diritto statunitense dei primordi, se non laddove avesse comportato la morte della madre¹¹.

Cancellare in radice il diritto della donna a interrompere volontariamente la propria gravidanza sulla scorta di un'interpretazione testualista e originalista della Costituzione significa, inoltre, mettere in dubbio l'intero diritto alla (*autonomy*) *privacy*, nel quale in tempi recenti la SCOTUS ha fatto rientrare il diritto all'uso dei contraccettivi¹², a avere rapporti sessuali fra persone dello stesso sesso¹³ e perfino a sposarsi fra individui di "razze" diverse¹⁴ o di uguale sesso¹⁵, proteggendo dall'interferenza dello Stato un gran numero di scelte private relative alla famiglia, all'allevamento dei figli, alle relazioni più intime. Nella loro camera da letto le persone sono libere di fare ciò che credono, senza che lo Stato possa intervenire, così come esso deve rimanere fuori dalle loro scelte relative all'intimità del loro corpo, o al matrimonio quando si tratti del

⁹ *Roe, cit.*, 410 U.S., p. 154.

¹⁰ *Casey, cit.*, 505 U.S., p. 851.

¹¹ Cfr. *Dobbs*, nota 3 della *dissenting opinion* della minoranza: "*The majority offers no evidence to the contrary - no example of a founding-era law making pre-quickening abortion a crime (except when a woman died). See ante, at 20-21. And even in the mid-19th century, more than 10 States continued to allow pre-quickening abortions. See Brief for American Historical Association et al. as Amici Curiae 27, and n. 14*".

¹² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁴ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).



colore della pelle o del sesso degli sposi: sono questi i principi che dal 1965 in poi la Corte Suprema ha ricompreso nel diritto di autodeterminazione degli individui, proteggendo numerose libertà che non comparivano nel testo della Costituzione. Il *right of (autonomy) privacy*, prima recuperato nella “penombra” di vari emendamenti della Costituzione¹⁶, poi - con *Roe v. Wade* e soprattutto con *Planned Parenthood v. Casey* - definitivamente radicato nel quattordicesimo, non ha infatti base testuale nella Costituzione; né il complesso di diritti, che tramite una sua lettura evolutiva esso è andato incorporando nel tempo, è presente nella storia e nella tradizione giuridica statunitense per modo che si possa dire che i padri fondatori li avessero implicitamente contemplati. Siccome sono questi i criteri alla luce dei quali con *Dobbs* il diritto di interrompere la propria gravidanza è stato ritenuto non più costituzionalmente protetto dalla Corte Suprema, è ovvio come insieme alla minoranza dissenziente¹⁷ siano in molti a temere che la decisione possa aprire il varco all’eliminazione di tutte le libertà finora incorporate nel *right of privacy*. Né la rassicurazione della maggioranza che la pronuncia non intaccherà in nessun modo la validità delle decisioni richiamate in *Roe* e *Casey*, concernenti il matrimonio, la contraccezione e le relazioni familiari¹⁸, pare particolarmente credibile a fronte degli argomenti giuridici spesi per cancellare il diritto all’aborto e alla constatazione che la distruzione della vita del feto (specificità su cui si fonderebbe secondo la maggioranza la negazione della libertà di abortire) non è in fondo peculiare soltanto al caso dell’interruzione volontaria di gravidanza, ma anche per esempio a alcuni metodi contraccettivi¹⁹. È, d’altronde, *Justice Thomas* nella sua *concurrent opinion* a delineare con chiarezza un futuro di revisione di (quasi) tutte le libertà personali finora radicate nel quattordicesimo emendamento, che a suo giudizio non potrà più essere letto come contemplante un *substantive due process*, ma soltanto un *procedural due process*. Il passo indietro in termini di civiltà giuridica sarebbe allora enorme, se solo si pensa che nell’ottica di Clarence Thomas risulterebbero

¹⁶ In *Griswold*, cit., la Corte aveva chiarito che se la Costituzione non protegge esplicitamente un diritto alla *privacy*, tuttavia le varie garanzie all’interno del *Bill of Rights* creano delle zone di penombra che proteggono un tale diritto. Insieme il primo, il terzo, il quarto, il quinto e il nono emendamento creano il diritto alla *privacy* nelle relazioni coniugali: cfr. *Griswold*, cit., in particolare pp. 481-486.

¹⁷ Cfr. l’opinione della minoranza dissenziente in *Dobbs*, in particolare p. 25 ss.

¹⁸ Cfr. *Dobbs*, p. 32.

¹⁹ È questo il caso della spirale, IUD, che può impedire che l’embrione fecondato si fissi al collo dell’utero.



cancellati, fra gli altri, il diritto a comprare e fare uso di anticoncezionali e quello a avere rapporti sessuali fra persone dello stesso sesso.

3 - Una decisione all'insegna del principio democratico e della chiarezza normativa?

Con *Dobbs* la Corte si ritira, dunque, dal ruolo di mediatore fra gli interessi contrapposti di autodeterminazione della donna in relazione al proprio corpo e alla propria capacità riproduttiva (che in ultima analisi coinvolge anche il tema dell'eguaglianza fra sessi) da un lato e di vita del feto dall'altro, dichiarandosi sul punto "neutrale"²⁰. Spetterà ora al processo democratico, federale ma soprattutto statale, e quindi alla gente, non alla Corte Suprema, prendere posizione al riguardo, dice Alito, supportato sul punto da Justice Kavanaugh nella sua *concurrent opinion*²¹. Si tratta della celebrazione di una neutralità che proprio il giorno prima la stessa Corte aveva però ignorato, impedendo al legislatore dello Stato di New York di richiedere ragioni specifiche per l'ottenimento del porto d'armi all'interno dei propri confini²². È, inoltre, per molti versi una restituzione illusoria della questione al *demos*, che non solo è proprio compito della SCOTUS limitare - laddove le sue scelte travalichino le libertà costituzionali fondamentali degli individui -, ma anche che, per via della delimitazione partigiana delle circoscrizioni negli Stati - il così detto *gerrymandering* -, troppo spesso non trova reali spazi di espressione. Quando infatti, come ormai - anche con il beneplacito della Corte Suprema statunitense - avviene quasi dappertutto, i confini delle circoscrizioni elettorali statali sono decisi dalla legislatura in carica, che diluisce o raggruppa artificialmente i voti degli elettori del partito avverso per modo da

²⁰ Cfr. sul punto l'opinione della maggioranza per la penna di Justice Alito a p.6.

²¹ "The Constitution is neutral and leaves the issue for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress -like the numerous other difficult questions of American social and economic policy that the Constitution does not address. [...] The Court's decision today properly returns the Court to a position of neutrality and restores the people's authority to address the issue of abortion through the processes of democratic self-government established by the Constitution", così Brett Kavanaugh, *concurring opinion* pp. 2-3.

²² Cfr. *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. - (2022), su cui mi permetto di rinviare al mio, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?* (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>).



mantenere i seggi che andrebbero persi laddove le circoscrizioni fossero disegnate in modo lineare²³, la democrazia diventa un'illusione. Attraverso la delimitazione partigianamente tortuosa - a salamandra (*mandering* per l'appunto) - delle circoscrizioni elettorali, l'espressione della volontà popolare è, infatti, manipolata dall'alto e le legislature risultanti rappresentano solo parzialmente coloro che le hanno votate. Se a ciò si aggiunge il depotenziamento della manifestazione del voto di alcuni fra gli elettori a vantaggio soprattutto del partito repubblicano, determinato dal recente indebolimento del *Voting Rights Act* (VRA) proprio per mano della SCOTUS²⁴, la disillusione rispetto a un'onesta restituzione della questione al *demos* da parte di quella Corte diviene ancora più forte. Neutralità della SCOTUS e esercizio democratico delle scelte in ordine al tema dell'aborto appaiono allora concetti idonei a giustificare solo in via puramente retorica *Dobbs*, mentre i dubbi che le reali motivazioni della decisione abbiano poco a che vedere con il diritto e molto di più con la politica (e la religione) investono ormai gran parte della pubblica opinione²⁵.

²³ Sul punto, più in dettaglio, mi permetto di rinviare al mio, *Il gerrymandering e lo svuotamento della democrazia statunitense*, in *Micromega+* (<https://micromegaedizioni.net/2021/11/05/stati-uniti-elezioni-distretti-elettorali/>).

²⁴ Risale al 2013 la decisione con cui la SCOTUS ha svuotato la quarta sezione del *Voting Rights Act* (la legge federale del 1964, che più di ogni altra ha eliminato le disparità nell'esercizio di voto), che imponeva a alcuni stati del Sud - in ragione del loro passato di discriminazioni - di ottenere il placet federale in relazione a tutti i cambiamenti delle regole di voto, ivi compresi gli eventuali nuovi confini delle circoscrizioni elettorali. Nel luglio del 2021 la stessa Corte ha poi dichiarato conformi alla sua seconda sezione - perché non considerate discriminatorie delle minoranze - le norme dell'Arizona che restringono in vario modo l'accesso al voto, dando così sostanzialmente il via libera alle tante normative che gli Stati repubblicani hanno subito emanato per limitare l'esercizio di quel diritto. Si tratta di leggi che riducono o eliminano il voto per posta, quello anticipato, il numero dei contenitori per la raccolta delle schede elettorali o la stessa possibilità di una loro installazione, e via elencando, il cui effetto è fra l'altro di togliere la possibilità di esprimersi a chi non può permettersi di non andare a lavorare per recarsi al seggio il giorno delle elezioni.

²⁵ Per l'affermazione che si tratta di una decisione fondata sul credo religioso e non sul diritto si veda Linda Greenhouse, esperta di decisioni della SCOTUS da decenni, in: <https://www.nytimes.com/2022/07/22/opinion/abortion-religion-supreme-court.html>. Per un dibattito nostrano sulla questione della neutralità, l'originalismo e la politicità della Corte Suprema statunitense cfr. la lettera dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti n. 7 del 2022 (al sito <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>).



Nello stabilire la soglia della libertà di autodeterminazione riproduttiva della donna al tempo della *viability*, *Roe* e *Casey* avevano certamente individuato un momento molto avanzato, assai più inoltrato nella gravidanza rispetto a ciò che è di norma consentito nella stragrande maggioranza delle giurisdizioni statali del mondo, che da quel momento in poi hanno vieppiù tutelato il diritto delle donne di interrompere la propria gestazione²⁶. Tuttavia, la scelta della maggioranza di andare oltre il *petitum* e quindi di non anticipare semplicemente la soglia del diritto di abortire alla 15^{ma} settimana - come il *Chief Justice* Roberts avrebbe voluto - ma di cancellare *tout court* quella libertà, lasciandola nella sua interezza in balia del processo (solo apparentemente) democratico, appare a sua volta sostenuta da una giustificazione poco credibile. La richiesta del *Chief Justice* "per una via di mezzo posticiperebbe soltanto il giorno in cui saremo obbligati a confrontarci con la questione che ora stiamo decidendo", scrive *Justice* Alito. Seguendo la strada da lui indicata, continua l'estensore dell'opinione di maggioranza, "la confusione creata da *Roe* e *Casey* si prolungherebbe. È meglio, sia per la Corte che per l'intero paese, affrontare una volta per tutte il tema senza ulteriori ritardi"²⁷. Meglio insomma tagliare la testa al toro, eliminare cioè a monte ogni problematica giuridica, sostiene Alito per la maggioranza, salvo che quella testa - com'è del tutto ovvio e la maggioranza non poteva non saperlo - non ha modo di staccarsi. Non solo già il giorno successivo alla pronuncia in una quantità di Stati si sono subito aperte innumerevoli controversie per comprendere i nuovi perimetri delle possibili scelte delle donne²⁸, vieppiù ristretti da normative che vietano in radice l'interruzione di gravidanza, perfino in ipotesi di stupro o incesto. Anche a livello di garanzie costituzionali federali restano, infatti, aperte questioni cruciali. Potrà uno Stato obbligare per esempio un'adolescente a partorire? O imporre a una madre di portare avanti la gravidanza anche nel caso di pericolo per la sua salute o per la sua vita, o di grave malformazione del feto? E che succede se uno Stato decide di sanzionare penalmente anche la

²⁶ Per un commento che illustra come in relazione all'aborto prima di *Dobbs* gli Stati Uniti avessero una posizione inusuale rispetto alle giurisdizioni del mondo, ma come anche dopo *Dobbs* - sia pur per ragioni opposte - la posizione statunitense sia rimasta tale, cfr. <https://www.nytimes.com/2022/01/22/upshot/abortion-us-roe-global.html>?

²⁷ "In sum, the concurrence's quest for a middle way would only put off the day when we would be forced to confront the question we now decide. The turmoil wrought by *Roe* and *Casey* would be prolonged. It is far better - for this Court and the country - to face up to the real issue without further delay". Così l'opinione della maggioranza in *Dobbs*, p. 3.

²⁸ Cfr. <https://www.nytimes.com/2022/07/02/us/abortion-rights-roe-v-wade.html>.



donna e non solo chi su di essa pratica l'aborto, o di sanzionarla se va a abortire in uno Stato in cui l'interruzione volontaria di gravidanza è consentita? Sono solo alcune delle domande che a oggi restano senza risposta e le normative già emanate o in via di emanazione in circa metà degli stati ci dicono che non si tratta di questioni prive di fondamento o al di là da venire²⁹. Si pensi soltanto al caso della bambina di 10 anni dell'Ohio costretta a recarsi in un altro Stato (l'Indiana nella fattispecie) per interrompere la sua gravidanza frutto di uno stupro³⁰ e con lei alle tante (sono migliaia le adolescenti che negli *States* restano incinte) cui potrà accadere a breve.

4 - Questioni spinose

Se poi il principio di territorialità, che ancora regola negli Stati Uniti l'applicazione della legge penale nello spazio, non permette di sanzionare penalmente un fatto che si realizza al di fuori dei confini di uno Stato e finora non ci sono state normative che hanno derogato a quel principio, pur tuttavia il grande tema della libertà di circolazione delle donne è già sul tappeto. Non soltanto perché Stati come il Missouri stanno già pensando di introdurre un principio di difesa a tutela del feto concepito sul proprio territorio o portato in grembo da una donna ivi residente, che consenta di punire chiunque - anche fuori dallo Stato - pratici su di lei l'aborto³¹. Anche perché il Texas, ma pure l'Oklahoma e l'Idaho, hanno già oggi leggi che consentono a chiunque di intentare un'azione civile per ottenere una cospicua somma da chi, ovunque si trovi, pratici l'interruzione di gravidanza su una residente nello Stato (così detti *bounty bills*, in quanto funzionano come vere e proprie taglie messe sulla testa di chi pratica le interruzioni di gravidanza)³². Queste normative, così come quelle che in tanti altri Stati repubblicani sono in fase di considerazione e che vorrebbero impedire alle donne di viaggiare allo scopo di interrompere la loro gravidanza in giurisdizioni in cui ciò è permesso o

²⁹ Per una panoramica sempre aggiornata della situazione nei vari Stati si veda: <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>.

³⁰ <https://www.verifythis.com/article/news/verify/scotus-verify/10-year-old-did-travel-from-ohio-to-indiana-for-an-abortion/536-52a3ad92-0b16-4bd8-8406-55cbb756aa32>.

³¹ <https://www.senate.mo.gov/22info/pdf-bill/intro/SB1202.pdf>.

³² Per un approfondimento della normativa texana, mi permetto di rinviare al mio, *Stati Uniti, la Corte Suprema cancella provvisoriamente il diritto di abortire delle donne texane* (<https://www.micromega.net/corte-suprema-aborto-texas/>).



che vorrebbero punire chi le aiuta economicamente a farlo, mettono in serio pericolo il diritto di libera circolazione: un diritto da tempo riconosciuto come degno di protezione dalla costituzione federale³³.

Anche il diritto di libera espressione del proprio pensiero viene messo in discussione quando si immaginano, come sta già succedendo in vari Stati, normative che criminalizzano chi - in giurisdizioni in cui l'aborto è vietato - informa e/o propone alle donne di andare a abortire altrove. Supponiamo che un gruppo *pro-choice* compri degli spazi pubblicitari su un quotidiano texano per scrivere: "Vuoi abortire? Vai in questa certa clinica del New Mexico", oppure che lo Stato di New York acquisti spazi su cartelloni pubblicitari in Texas per offrire aiuto economico alle donne texane per consentire loro di andare a abortire a New York. La questione se sia o meno possibile criminalizzare una simile attività è spinosa. Un caso analogo è il gioco d'azzardo, rispetto al quale la Corte Suprema nel 1993 in *United States v. Edge Broadcasting Co.*³⁴ aveva dichiarato costituzionalmente legittima una legge federale che proibiva la pubblicità delle lotterie in Stati che le vietavano. D'altronde, però, proprio in tema di aborto 47 anni fa, nel caso *Bigelow v. Virginia*³⁵, quella stessa Corte aveva dichiarato incostituzionale la legge della Virginia, in cui l'aborto non era consentito, che sanzionava penalmente la pubblicazione nel suo territorio di notizie che incoraggiavano le donne a abortire o le aiutavano a sottoporsi all'intervento in Stati in cui era legale farlo.

Il principio per ora sembra rimanere che se una condotta è lecita, è lecito anche pubblicizzarla, ma è indubbio che le incertezze illustrate non potranno che raggiungere presto una Corte Suprema, che con *Dobbs* si è illusa, o ha cercato di illudere tutti, di aver eliminato a monte la "confusione" creata da *Roe* e *Casey*.

La rinuncia da parte della maggioranza a accogliere la proposta del *Chief Justice* di rimanere all'interno del *petitum* e di continuare così a porsi, come Corte Suprema, in veste di mediatrice di interessi contrapposti tanto delicati e importanti -quali da un canto la libertà fondamentale della donna di operare scelte che riguardano fra l'altro il proprio corpo, le proprie aspirazioni di vita come membro di una società di uguali, il proprio futuro economico e quello della sua famiglia, nonché la propria

³³ Su questi punti cfr. più approfonditamente: <https://www.nytimes.com/2022/07/15/opinion/abortion-rights-travel.html> e links ivi contenuti.

³⁴ Cfr. *United States and Federal Communications Commission V. Edge Broadcasting Company T/A Power 94*, 509 U.S. 418 (1993).

³⁵ *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975).



stabilità psicologica e dall'altro la vita del feto- pare dunque aver significato più incertezza che chiarezza normativa. Il non avere individuato un punto di compromesso, che costituisca una base di riferimento sicura per tutte le giurisdizioni, se da un canto non può che provocare insopportabili disparità di protezione all'interno di un paese in cui le donne meno abbienti saranno le più penalizzate, dall'altro infatti - come scrive la minoranza dissenziente - "lungi dal distogliere la Corte dal tema dell'aborto", metterà la stessa al centro di vere e proprie "guerre intergiurisdizionali"³⁶.

5 - *Dobbs*, ovvero la morte del potere di *judicial review* della SCOTUS?

È però sul piano sistemologico, ossia di un possibile impatto sulla credibilità della Corte Suprema come istituzione legittimata al controllo della costituzionalità delle leggi e quindi sulla stessa sopravvivenza di un *judicial review* negli Stati Uniti, che *Dobbs v. JWHO* rischia di essere una decisione perfino più destabilizzante. Con *Dobbs* la Corte ha, infatti, sgonfiato definitivamente il salvagente della forma. Rovesciare un precedente con i toni con cui lo ha fatto Justice Alito significa insultare i suoi predecessori e perciò delegittimare l'autorevolezza stessa della SCOTUS come istituzione. La sua delegittimazione quale corpo tecnico proviene anche, e in maniera sferzante, dalle pesanti considerazioni dei giudici dissenzienti:

"La maggioranza ha rovesciato *Roe* e *Casey* per una ragione soltanto: perché le ha sempre disprezzate e ora ha i voti per liberarsene. La maggioranza, perciò, sostituisce oggi il governo della legge con quello dei giudici"³⁷.

Sono parole durissime, provenienti per di più dall'interno della Corte, che mettono in crisi il fondamento stesso per cui nove persone attraverso il vaglio di costituzionalità delle leggi conferiscono o negano diritti ai cittadini statunitensi e plasmano così l'intera società nord-americana, regolando, fra l'altro, gli spazi di vita della gente (si pensi a *Plessy v. Ferguson*, che nel 1896 dichiarò legittima la separazione fra bianchi e neri

³⁶ "Far from removing the Court from the abortion issue, the majority puts the Court at the center of the coming 'interjurisdictional abortion wars'", così la *dissenting opinion*, a p. 37.

³⁷ "The majority has overruled *Roe* and *Casey* for one and only one reason: because it has always despised them, and now it has the votes to discard them. The majority thereby substitutes a rule by judges for the rule of law", così la *dissenting opinion*, a p. 33.



nei luoghi pubblici e poi a *Brown v. Board of Education*, che nel 1954 rovesciò quella decisione desegregando le scuole), gli amori fra le persone (si pensi ai già citati *Loving v. Virginia*, che nel 1967 tutelò i matrimoni interrazziali, o a *Lawrence v. Texas*, che nel 2003 cancellò la sanzione penale per i rapporti sessuali fra persone dello stesso sesso, o ancora a *Obergefell v. Hodges* che nel 2015 garantì loro la possibilità di sposarsi), le aspirazioni degli uomini e delle donne a un lavoro dignitoso (il rovesciamento, nel 1937, di *Lochner v. New York* insegna). La legittimazione della SCOTUS quale giudice delle leggi - ruolo, com'è noto, frutto di un'auto attribuzione risalente al caso *Marbury v. Madison* del 1803 - si basa infatti, e non può che basarsi, sulla veste di tecnici del diritto, mai di politici, ricoperta dai suoi nove giudici. Perché altrimenti essi potrebbero dichiarare invalida una legge votata da tutti i rappresentanti del popolo? Si tratta della nota *counter-majoritarian difficulty*, evidenziata da Alexander Bickel nel 1962³⁸, che solo una salda immagine di assoluta neutralità politica della Corte può sormontare, mentre è proprio quell'immagine che l'attuale Corte sembra avere oggi definitivamente perso.

Ciò non tanto per via del rovesciamento giurisprudenziale che *Dobbs* ha operato, quanto per il modo in cui l'*overruling* è avvenuto e per le specificità dei giudici che lo hanno realizzato. Innanzitutto, 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. La decisione, poi, che non è unanime - quando, com'è noto, l'unanimità conferisce sempre autorevolezza tecnica all'interpretazione offerta³⁹ - è segnata invece da una divisione su linee strettamente politiche fra i membri della Corte, laddove i sei repubblicani hanno votato compatti contro i tre democratici. Tale divisione - e è questo il dato saliente - è aggravata dalla circostanza che 5 giudici, che formano la maggioranza conservatrice, hanno caratteristiche tali da rendere davvero difficile sormontare nei loro confronti il "vizio" politico di origine della nomina, cui faceva riferimento

³⁸ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale U. P., 1962.

³⁹ Si pensi al proposito a quanto importante fosse stato per la Corte Suprema, agli albori della sua affermazione come giudice delle leggi, esprimersi all'unisono, come accadde per tutta la presidenza Marshall, nei cui 35 anni di gestione le opinioni contrarie o concorrenti si contano sulle dita di una mano.



Alexander Bickel. Si tratta della polarizzazione politica, del tutto inedita, sulla cui scorta quei giudici sono stati confermati, unita al loro allineamento - nelle opinioni finora espresse - alle posizioni del partito che li ha investiti della carica. All'immagine di neutralità tecnica - per quanto di designazione politica - dei supremi giudici ha, infatti, sempre contribuito (oltre al divieto di esprimere pubblicamente la propria opinione politica) la conferma largamente bipartisan da parte del Senato che, fino a tempi recenti, ne ha caratterizzato la nomina⁴⁰. La convergenza dei due partiti sugli stessi nomi esalta le qualità tecniche degli investiti della carica e il loro prestigio come giuristi, scongiurando agli occhi della pubblica opinione una loro possibile interpretazione di tipo politico della Carta costituzionale. È per questo che la conferma da parte di un Senato diviso su linee strettamente partitiche, come raramente era accaduto prima, dei tre giudici nominati da Trump - Amy Coney Barrett (52 voti favorevoli e 48 contrari), Brett Kavanaugh (50 contro 48) e Neil Gorsuch (54 contro 45) - ma anche - pur se precedentemente nominati - di Samuel Alito (58 a 42) e Clarence Thomas (52 a 48), contribuisce oggi certamente a spogliare la Corte Suprema della sua legittimazione tecnica, la cui maggioranza si presenta troppo legata al partito repubblicano.

Dai tempi di *Dred Scott*⁴¹ - la disastrosa pronuncia sulla schiavitù che non solo infiammò la guerra civile, ma che le costò anche la marginalizzazione da parte degli attori istituzionali che da essa avrebbero dovuto sentirsi vincolati⁴² - la SCOTUS sembrava, inoltre, avere imparato che per mantenere credibilità quale corpo tecnico occorre estrema cautela nel decidere questioni sentite come politicamente calde, evitando pronunce in contrasto con il sentimento collettivo. Dopo di allora aveva,

⁴⁰ Sarebbe certamente troppo dispendioso in termini di spazio ricordare quante volte nel passato i *Justices* hanno ottenuto un ampio consenso da parte del Senato. Solo per fare qualche esempio, fra i supremi giudici più recenti si possono ricordare Anthony Kennedy (confermato con 97 voti a 0), Ruth Bader Ginsburg (96 a 3), Antonin Scalia (98 a 2), Sandra O'Connor (99 a 0), Paul Stevens (98 a 0), o David Souter (90 a 9), al di là che a nominarli fosse un presidente repubblicano (come nel caso di tutti quelli indicati salvo Ruth Bader Ginsburg) o meno. Maggiori informazioni sul sito del Senato: [bit.ly/3r4ZxAO](https://www.senate.gov)

⁴¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

⁴² In *Dred Scott*, negando addirittura il diritto di accesso alla giurisdizione a uno schiavo del Missouri che chiedeva gli fosse riconosciuta la libertà avendo egli vissuto per un certo periodo di tempo in due Stati che non ammettevano la schiavitù, la Corte Suprema - sotto pressione del neo eletto presidente Buchanan - aveva mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e per questo aveva perso la sua legittimazione. Ciò a sua volta aveva comportato la disobbedienza immediata dei legislatori e delle Corti Supreme degli Stati del nord, che tennero in completo non cale la sua pronuncia.



infatti, affrontato tali tematiche al momento storico opportuno, quando i tempi erano maturi, avendo cura di non forzare la mano per evitare accuse di eccessivo *judicial activism*⁴³. Con *Dobbs*, invece, la Corte Suprema entra nel vivo di una questione politicamente molto calda senza tenere minimamente in considerazione l'opinione della maggioranza degli americani - che per i due terzi si dichiara oggi favorevole al diritto costituzionalmente garantito all'aborto⁴⁴ - facendosene addirittura un vanto⁴⁵. E lo fa, si è visto, in assenza di ogni altra condizione necessaria alla sua legittimazione tecnica, mostrando inevitabilmente un volto politico. Perfino la decisione che, nel 2000, aveva d'imperio negato la presidenza a Al Gore per attribuirla a George W. Bush⁴⁶ - per quanto direttamente sostitutiva della volontà degli elettori - sembrò meno frutto di convinzioni politiche di quella odierna. Non tutti e 5 i giudici della maggioranza di allora, a differenza degli attuali 5 di cui si è detto, erano infatti stati confermati sulla scorta di polarizzazioni politiche estreme né apparivano partiticamente schierati. In particolare Anthony Kennedy e Sandra O'Connor - confermati rispettivamente con 97 e 99 voti favorevoli e 0 contrari - che avevano supportato quella pronuncia decisa ai margini, avevano da tempo dimostrato una forte indipendenza rispetto al partito repubblicano e al presidente Reagan da cui erano stati nominati, essendosi spesso scostati da posizioni interpretative conservatrici per abbracciare letture progressiste della Costituzione.

Senza la spada dell'esecutivo o la borsa del legislativo, la forza della SCOTUS passa solo per la sua legittimazione tecnica: è questa la lezione che *Dred Scott v. Sandford* aveva impartito alla Corte Suprema, la quale per lungo tempo ha saputo farne tesoro. Oggi, come allora, la Corte sembra invece avere mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e la sua perdita di legittimazione, così come allora, sembra assicurata. Ne sono

⁴³ Dal 1925 la SCOTUS ha infatti discrezionalità - divenuta poi assoluta dal 1988 - in relazione ai casi su cui intende esprimersi: si veda U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, p. 197 ss. Per dettagli in ordine all'attenzione che nel tempo la Corte Suprema ha riposto per non ricadere nell'errore di sostituirsi platealmente al legislatore nelle questioni socio-politicamente calde in antitesi all'opinione dominante, mi permetto di rinviare al mio, *La Corte Suprema alla prova della politica*, in *MicroMega*, 1-2022, p. 176 ss., in particolare p. 180 ss.

⁴⁴ Cfr. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/06/13/about-six-in-ten-americans-say-abortion-should-be-legal-in-all-or-most-cases-2/>

⁴⁵ "We cannot allow our decisions to be affected by any extraneous influences such as concern about the public's reaction to our work", scrive Alito a p. 67.

⁴⁶ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).



spie evidenti il crollo impressionante di popolarità della Corte Suprema - il cui tasso di approvazione dopo *Dobbs* è passato dal 60% dell'anno prima al 38%⁴⁷ - o la domanda che la *Justice* progressista dissenziente Sonia Sotomayor si è posta durante la discussione orale (*oral arguments*): "Potrà mai questa nostra istituzione sopravvivere all'olezzo sparso sulla pubblica percezione da questa pronuncia, che ha dimostrato come la Costituzione e la sua lettura non siano altro che un fatto politico?"⁴⁸. Insieme a lei ce lo chiediamo anche noi, ben sapendo che una risposta negativa potrebbe mandare in frantumi l'intero l'impianto di pesi e contrappesi (*checks and balances*), su cui il sistema statunitense si basa da oltre 200 anni.

⁴⁷ Cfr. <https://www.cnn.com/2022/07/20/politics/supreme-court-job-approval-marquette-poll/index.html>

⁴⁸ Cfr. https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf