

La Corte Suprema e la “*disincorporation*” del diritto all’aborto*

Andrea Buratti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una contestualizzazione del caso *Dobbs* nel discorso giuridico negli Stati Uniti. – 3. Il punto di partenza: il diritto all’aborto secondo le sentenze *Roe* e *Casey*. – 4. Il problema del *due process traditionalism*. – 5. L’errore di *Dobbs*. – 6. Il discostamento dai canoni di *overruling*.

1. Premessa

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, del 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l’*overruling* delle sentenze *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)¹.

Come è noto, le sentenze *Roe* e *Casey* avevano ricondotto il diritto all’interruzione volontaria della gravidanza alla protezione offerta dalla *due process clause* del 14° emendamento, individuando delle regole – esito di un bilanciamento con gli altri diritti e interessi potenzialmente confliggenti – ampiamente limitative del margine di discrezionalità dei legislatori statali. Privato ora dello *status* di diritto fondamentale, il diritto all’aborto perde la speciale protezione offerta dallo *strict scrutiny* delle corti federali e viene integralmente riassorbito nella competenza del legislatore statale, su cui grava il solo limite del più lasco *rationality test*, tradizionalmente deferente nei confronti della discrezionalità del legislatore.

La sentenza rappresenta il punto di arrivo di un acceso dibattito che ha coinvolto la dottrina giuridica e l’opinione pubblica americana nell’arco degli ultimi cinquant’anni, ma che si è intensificato nell’ultimo periodo, a seguito dell’emersione di temi eticamente sensibili come fulcro di una dialettica politica sempre più polarizzata. Al contempo, la sentenza – con la sua scelta di consegnare il trattamento giuridico dell’aborto alle valutazioni degli stati membri al di fuori di una cornice, seppur minima, di regolazione

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ In questo scritto, per ragioni di spazio, ometto la consueta citazione del riferimento alla pubblicazione delle sentenze nelle raccolte ufficiali.

federale – apre una stagione di incertezza, caratterizzata da aspre controversie sull’interpretazione costituzionale e da iniziative politiche radicalmente diversificate da stato a stato². L’esito sostanziale sarà quello di trasferire a livello statale la lotta politica sulla liceità dell’aborto, conducendo, tuttavia, a pericolose divaricazioni tra le discipline statali, foriere di incertezza e ambiguità.

Ponendosi al crocevia tra l’interpretazione costituzionale dei diritti fondamentali e i temi più scottanti del dibattito pubblico, il caso *Dobbs* consente dunque di fotografare e comprendere le tendenze più attuali del costituzionalismo statunitense. Inoltre, la sentenza pone degli interrogativi circa la profonda divaricazione che si determina tra la giurisprudenza americana e gli orientamenti che vanno consolidandosi in tema di aborto nella giurisprudenza di molte altre Corti supreme e costituzionali³ – le quali, peraltro, prendono sovente spunto proprio dall’argomentazione elaborata a suo tempo, a partire da *Roe v. Wade*, dalla Corte statunitense, per suffragare un’interpretazione ampia del diritto alla *privacy*, inclusivo dell’autodeterminazione della donna rispetto alle scelte inerenti il proprio corpo, la sua intimità affettiva e, in ultima analisi, il proprio destino⁴.

² R. Toniatti, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo degli stati membri: prove di resistenza di una poliarchia*, in *Riv. Biodiritto*, 1, 2023, p. 46 ss.; E. Falletti, *Una marcia indietro lunga cinquant’anni: la sentenza della Corte Suprema americana Dobbs v. Jackson in tema di aborto*, in *Genius*, 1, 2023, p. 16 ss. V. pure V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion Laws and Private Enforcement*, in *DPCE online, special issue 2023: The American Presidency After Two Years of President Biden*, spec. p. 256 – dove viene anche discussa criticamente la peculiare legislazione texana che abilita il *private enforcement* del divieto di aborto, riportando in auge – se si vuole – un tipico metodo di *enforcement* del diritto della frontiera: la vigilanza dei privati, che nella storia della frontiera è sovente scaduta in giustizia privata e in linciaggi (A. Buratti, *La frontiera americana. Un’interpretazione costituzionale*, Verona 2016, spec. p. 66 ss.).

³ A. Baraggia, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *Riv. Biodiritto*, 1, 2023, p. 64, parla di «eccezionalismo» americano nel trattamento di questa materia.

⁴ Se ne può avere una rassegna aggiornata nel recente *Special Issue* della *Rivista di Biodiritto*, 1, 2023: *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*, cui *adde*, sulla recente giurisprudenza della Corte Suprema indiana, L. Dettori, *Il cammino verso la modernità della Corte Suprema indiana*, in corso di pubblicazione in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2023.

2. Una contestualizzazione del caso *Dobbs* nel discorso giuridico negli Stati Uniti

Nella prospettiva degli studi costituzionali, la sentenza *Dobbs* squaderna una mole impressionante di questioni, candidandosi a divenire un inevitabile punto di riferimento per la giurisprudenza e la scienza giuridica dei prossimi decenni.

Anzitutto sul terreno della protezione dei diritti fondamentali: ed infatti, per la prima volta nella storia della sua giurisprudenza, la Corte Suprema effettua un’operazione che potremmo definire di “*disincorporation*” di un diritto fondamentale. A ben vedere, qualcosa di simile era accaduto nel 1937, con *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. In quell’occasione, tuttavia, la Corte aveva deciso di depotenziare la *liberty of contract* nell’intento di massimizzare la protezione dei diritti dei lavoratori, nell’ambito di quella vasta transizione che avrebbe portato la Corte degli anni ’30 a rivedere i canoni di interpretazione costituzionale consolidatisi durante la *Lochner Era*, non più coerenti con le esigenze profonde della società⁵. Qui invece la *disincorporation* del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza non determina un avanzamento apprezzabile di tutele, ma, al contrario, un mero sacrificio dei diritti delle donne e la correlativa espansione della discrezionalità del legislatore⁶.

Inoltre, giacché il *reasoning* della Corte enfatizza la funzione vincolante della tradizione giuridica nazionale, la decisione ha intensificato lo scontro, già da anni sul tappeto, sul posto dell’originalismo nell’interpretazione costituzionale⁷, e più precisamente su quel particolare metodo di interpretazione della *due process clause* del 14° emendamento che è stato efficacemente definito da Cass Sunstein *due process traditionalism*⁸, e che, come avrò modo di spiegare, presenta in realtà caratteristiche solo in parte sovrapponibili alle tecniche originaliste⁹.

⁵ F. Saitto, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2016, p. 669 ss.

⁶ Lo fa osservare anche C. De Santis, “*Abortion is inherently different*”: la Corte Suprema USA sancisce l’overruling di *Roe* e *Casey*, in *dirittocomparati blog* (12 luglio 2022).

⁷ Nel dibattito italiano, si vedano i numerosi commenti pubblicati sul sito dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, aperti da C. Caruso. Nella letteratura americana, una contestualizzazione di *Dobbs* nel discorso originalista in R.E. Barnett – B.L. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in corso di pubblicazione in *Northwestern Univ. Law Rev.*, 2023.

⁸ C. Sunstein, *Due Process Traditionalism*, in *Michigan Law Rev.*, 2008, p. 1543 ss.

⁹ Lo nota, opportunamente, V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 251.

Ulteriore questione evocata da *Dobbs* è quella del corretto uso dell’*overruling* da parte della Corte Suprema: se è vero che la sentenza dichiara di volersi attenere al rispetto dei canoni che vincolano l’*overruling* – prospettati, da ultimo, in *Janus v. AFSCME* (2018) – è altresì vero che, in realtà, l’*opinion* di maggioranza si svincola da quei canoni tramite abili ma evidenti artifici retorici.

Tutto ciò conduce alla questione di politica costituzionale circa il rapporto tra diritto e politica nella definizione delle grandi questioni etiche che implicano il rispetto di diritti fondamentali e il loro bilanciamento con altri interessi e valori – tema che è al centro del dibattito costituzionalistico statunitense quantomeno a partire dalla stagione della *Civil Rights Revolution*¹⁰. Ed infatti, rispetto alla tradizionale configurazione della Corte Suprema come istanza contromaggioritaria, e rispetto alla concezione dei diritti fondamentali quali *precommitments* che precludono la deliberazione democratica su questioni di principio, *Dobbs* prospetta, invece, una concezione deferente della giurisdizione rispetto al decisore politico, ed enfatizza il ruolo della legislazione sulle decisioni fondamentali della vita collettiva¹¹.

3. Il punto di partenza: il diritto all’aborto secondo le sentenze Roe e Casey

La sentenza *Dobbs* si inserisce con ruvidità in una dialettica aperta da decenni all’interno della Corte e nella dottrina circa l’interpretazione della *due process clause* del 14° emendamento, modificando in modo determinante il metodo di interpretazione e applicazione del *substantive due process* che da oltre un secolo guida il processo di emersione dei diritti fondamentali e la loro protezione omogenea a livello federale.

Oggetto della decisione è la legge dello stato del Mississippi che stabiliva che «*except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality,*

¹⁰ Un’ampia ricostruzione di questo dibattito in C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1, 2008.

¹¹ «Abortion presents a profound moral question. The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. Roe and Casey arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives». *Dobbs, slip opinion*, p. 79.

Sulla valutazione complessiva della Corte Roberts rispetto ai diritti fondamentali, v. ora il ricchissimo A. Ridolfi, «*Roe and Casey are overruled. Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*», in *costituzionalismo.it*, 1, 2023, spec. par. 3 e 4.

a person shall not intentionally or knowingly perform . . . or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks.».

La legge del Mississippi si poneva, dunque, in evidente contraddizione con la regola di bilanciamento individuata, da ultimo, nella sentenza *Casey*, nel chiaro intento – condiviso da altri legislativi statali nell’ambito di una strategia orchestrata dal partito repubblicano – di sfidare i precedenti della Corte Suprema e indurre la Corte a modificarli¹².

Per comprendere appieno la vicenda occorre ricostruire succintamente i contenuti delle decisioni oggetto di *overruling*. *Roe* e *Casey* avevano effettuato tre operazioni concatenate ma logicamente distinte: in primo luogo, esse avevano affermato la fundamentalità del diritto all’aborto, riconducendolo dapprima, in *Roe*, all’ambito della *privacy*, a sua volta oggetto della protezione del *substantive due process* in quanto rinvenuta nelle *penumbras* del *Bill of Rights* (*Griswold v. Connecticut*, 1965), quindi, con *Casey*, alla nozione di *liberty*, autonomamente interpretata in base alla sua menzione nella *due process clause* del 14° emendamento¹³. In secondo luogo, le due sentenze avevano affermato l’impossibilità di proteggere tale diritto in modo assoluto, in ragione dell’incombente presenza di diritti dei terzi e di interessi della collettività, con particolare riferimento al diritto alla vita del concepito, che matura ad un certo stadio di sviluppo del feto (*fetal viability*). Conseguentemente, le sentenze avevano individuato dei criteri di bilanciamento tra diritti e interessi coinvolti e delle regole pratiche di accomodamento, utilizzando dapprima lo schema dei trimestri quale linea guida stringente per la legislazione statale (*Roe*), e sostituendolo, poi, con una più aggiornata identificazione della *fetal viability* allo scopo di vietare l’imposizione di *undue burdens* da parte della legislazione statale prima di quella soglia¹⁴.

¹² A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell’ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, p. 44 ss. Ma v. anche i post di L. Pelucchini pubblicati nel blog di *diritticomparati*.

¹³ Su *Roe*, più dettagliatamente, A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino 2018.

¹⁴ A. Sperti, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2022, spec. p. 26, fa correttamente osservare come l’elaborazione del concetto di *undue burden* abbia rappresentato un alleggerimento dello *strict scrutiny* applicato di base a tutela dei diritti fondamentali. Non direi però che questo, di per sé, avesse implicato la perdita dello *status* di diritto fondamentale del diritto all’aborto: in realtà nella giurisprudenza statunitense esistono diversi diritti qualificati come fondamentali – e pertanto protetti in modo omogeneo a livello federale – che soggiacciono a tecniche di bilanciamento specifiche.

Ora, posta di fronte alla legge del Mississippi che individuava nella quindicesima settimana di gestazione il termine oltre il quale la donna non avrebbe più potuto esercitare il diritto all’interruzione volontaria della gravidanza, la Corte Suprema avrebbe potuto stabilire l’*overruling* dei criteri di bilanciamento e delle regole pratiche prospettate, da ultimo, da *Casey*, individuando una nuova regola di bilanciamento, più precisa e più coerente con gli avanzamenti della tecnica medica. Nel fare questo, la Corte avrebbe potuto altresì ampliare il margine di discrezionalità dei legislatori statali, per esempio riqualificando la nozione di “*undue burden*”, senza tuttavia far mancare un nucleo di protezione omogenea al diritto all’aborto. Che i precedenti avessero individuato regole di bilanciamento poco accurate (*Roe*) e poco chiare per corti e legislatori (*Casey*) è un dato su cui si è registrata da sempre una notevole convergenza dottrinale¹⁵: una nuova regola pratica, potenzialmente più aperta alla discrezionalità dei legislatori statali, sarebbe stata dunque accolta con maggiore benevolenza, ed avrebbe lasciato aperta la ricerca di un punto di mediazione ottimale.

Va in questa direzione la *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, in un’analisi che, muovendo dal dovere di *self-restraint* della Corte, illustra la percorribilità di una mera revisione dei criteri di bilanciamento, attraverso l’abbandono della *viability* quale soglia prima della quale non sussisterebbe interesse alla limitazione dell’aborto¹⁶.

Ed invece, nonostante la confusione che l’*opinion* di maggioranza fa nel motivare il proprio *overruling* – giacché appunto confonde le premesse teoriche e le regole pratiche individuate nei due casi –, la Corte decide di estendere il proprio *overruling* al «*central holding*» dei due precedenti, revocando dunque la protezione del 14° emendamento al diritto all’aborto.

4. Il problema del due process traditionalism

La decisione di declassare il diritto all’aborto si basa su una strategia argomentativa tipica degli orientamenti conservatori in tema di *incorporation*

¹⁵ Anche se non sono mancati i commenti a sostegno delle soluzioni prospettate da quelle sentenze, specie alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili al momento in cui furono adottate. V. A. Ridolfi, *Una rilettura di Roe v. Wade: judicial activism o sentenza ragionevole?*, in *Nomos*, 2, 2023, e bibl. *ivi cit.*

¹⁶ «Here, there is a clear path to deciding this case correctly without overruling *Roe* all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded, as the majority rightly does, and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all». *Dobbs, Roberts concurring*, p. 7.

dei diritti fondamentali: secondo la Corte, l’*incorporation* dei diritti, che implica una consistente riduzione delle prerogative politiche degli stati membri, deve essere operata in base ad un metodo testuale (mediante la *selective incorporation* dei diritti codificati nel *Bill of Rights* federale), corroborato da un’analisi storica, che richiede che il diritto incorporato sia *deeply rooted in nation’s history and tradition*, e *belonging to the ordered scheme of national liberties*.

Si legge, infatti, nell’*opinion* di maggioranza: «*The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of Roe and Casey now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty” Washington v. Glucksberg (1997). The right to abortion does not fall within this category*»¹⁷.

Si tratta di un *test* che la Corte Suprema ha elaborato sin dalle prime sentenze in tema di *incorporation* dei diritti fondamentali, e che ha trovato una sua definitiva sistemazione nella sentenza *Palko v. Connecticut* (1937). Più di recente, questa metodologia è stata applicata rigorosamente in casi come *Washington v. Glucksberg* (1997), dove è servita per escludere la qualità di diritto fondamentale del diritto al suicidio assistito, o *McDonald v. Chicago* (2010), dove ha invece consentito l’*incorporation* del discusso *right to bear arms* del 2° emendamento.

Come detto in premessa, Cass Sunstein ha proposto di definire questo specifico metodo di applicazione del *substantive due process* con la formula del *due process traditionalism*, per enfatizzare il rilievo dirimente del *test* storico che prelude alla *incorporation* di un diritto nella *due process clause* e alla sua conseguente elevazione al rango di diritto fondamentale. In questa versione del *substantive due process*, possono pretendere di essere incorporati solo i diritti espressamente codificati nel *Bill of Rights* federale e quei diritti, pur non codificati, che superano il *test* della tradizione storica.

Secondo l’*opinion* di maggioranza in *Dobbs*, «*historical inquiries of this nature are essential whenever we are asked to recognize a new component of the “liberty” protected by the Due Process Clause because the term “liberty” alone provides little guidance. “Liberty” is a capacious term*»¹⁸. Il diritto all’aborto, invece, non è codificato nel *Bill of Rights* federale, né vi è evidenza di un suo radicamento nella storia nazionale. *Roe* e *Casey*, fondando tale diritto su *privacy* e *liberty* avevano fatto uso di metodologie di *incorporation*

¹⁷ *Dobbs, slip opinion*, p. 5

¹⁸ *Dobbs, slip opinion*, p. 13.

erronee, giacché tali nozioni sono troppo generiche e prive di concretezza: il loro uso quale fondamento di diritti innominati finisce per estendere, di fatto, la discrezionalità creativa della Corte a detrimento della libertà politica del popolo e dei suoi rappresentanti.

Come si vede, pur enfatizzando il rilievo della storia ai fini dell’interpretazione costituzionale, il *due process traditionalism* si differenzia significativamente dalle tecniche originaliste, anzitutto perché assume la validità del *substantive due process* – tecnica, questa, elaborata dalla Corte Suprema agli albori della *Lochner Era* e frutto di una costruzione interpretativa del tutto scorporata, e perfino contraddittoria rispetto al testo e alle intenzioni del 14° emendamento, che come è ampiamente dimostrato assegnava alla *due process clause* una funzione di mera garanzia procedimentale dei diritti, riservando, piuttosto, alla *privileges and immunities clause* la funzione di consentire la penetrazione nella Costituzione federale di diritti soggettivi radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano¹⁹. Si può anzi ben dire che il *substantive due process* rappresenti il più clamoroso scostamento tra testo costituzionale e prassi applicativa, e non a caso esso è sistematicamente oggetto di critiche da parte di quei giudici più rigorosamente fedeli ai canoni originalisti. Se ne può avere contezza anche in *Dobbs*, attraverso la *concurring opinion* del giudice Thomas, che da anni combatte una propria battaglia personale contro questo metodo di interpretazione costituzionale, ritenuto troppo creativo²⁰.

L’analisi del caso *Dobbs* attraverso la lente del confronto tra teorie originaliste e *living constitution* rischia, pertanto, di non cogliere appieno le implicazioni del problema che stiamo qui analizzando – che non coinvolge tanto il ruolo del testo e delle intenzioni dei padri fondatori sull’interpretazione costituzionale, quanto piuttosto il rapporto tra radicamento tradizionale e nuove aspirazioni di libertà ed emancipazione nella definizione dei diritti fondamentali.

¹⁹ R.E. Barnett – E.D. Bernick, *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit*, Harvard University Press, Cambridge and London 2021.

²⁰ Analisi con cui sembra invece concordare, in Italia, G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all’attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *federalismi.it*, 64, 2022, spec. p. 61 ss. A questi commenti sfugge che l’interpretazione sostanzialista della *due process clause* si è resa necessaria per correggere la scelta, del tutto anti-originalista, della Corte, di ignorare il portato normativo della *privileges and immunities clause* del 14° emendamento, il cui significato di clausola di sintesi di un corpo di diritti inerenti l’autodeterminazione individuale era pienamente presente agli autori del 14° emendamento, in coerenza con la storia secolare di quel principio giuridico (A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, spec. p. 17).

5. L’errore di Dobbs

Nello schiacciare i metodi di *incorporation* sul solo metodo del *due process traditionalism*, la sentenza volutamente dimentica la varietà dei metodi interpretativi della *due process clause* che hanno preso forma sin dalla fine dell’Ottocento, e svaluta elementi testuali della Costituzione federale che invece pretendono efficacia.

È allora opportuno chiarire che, nella giurisprudenza della Corte, i diritti fondamentali incorporati nella *due process clause* sono stati individuati tanto attraverso la tecnica della *selective incorporation* dei diritti codificati nel *Bill of Rights* federale e radicati nella tradizione storica, quanto attraverso il ricorso a tecniche interpretative più libere dai riferimenti testuali e storici, come quelle basate sulla interpretazione evolutiva del concetto di *liberty* protetto dalla *due process clause* o tramite l’enucleazione del diritto alla *privacy*, individuato nelle *penumbras* del *Bill of Rights* e interpretato come estrinsecazione del valore dell’autodeterminazione individuale: l’applicazione autonoma di *liberty* quale nozione inclusiva di un nucleo di diritti, appartenenti alla tradizione di *Common law* o alle prassi delle nazioni civili, ha dato continuità ad un filone interpretativo connesso alla concezione giusnaturalistica, fondativa del costituzionalismo americano²¹.

Questa metodologia interpretativa della *due process clause* nasce addirittura prima della definizione della *selective incorporation*, almeno a partire da *Allgeyer v. Louisiana* (1897), e si consolida durante la *Lochner Era*: la stessa sentenza *Lochner v. New York* fonda il diritto alla libertà contrattuale sulla *liberty*; più tardi saranno *Meyer v. Nebraska* (1923) e *Pierce v. Society of Sisters* (1925) a confermare questa metodologia. In *Herbert v. Louisiana* si legge che il 14° emendamento protegge quei «fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions». Un metodo di *incorporation* che possiamo definire *liberty based*, che ha trovato applicazione anche dopo che in *Palko* la Corte aveva sistematizzato i canoni del *test* storico come fondamento dell’*incorporation*. Basti pensare a sentenze come *Griswold v. Connecticut* (1965), *Loving v. Virginia* (1967), *Lawrence v. Texas* (2003), *Obergefell v. Hodges* (2015), oltre che, ovviamente, alle più volte menzionate *Roe* e *Casey*. Sono, come è a tutti evidente, pietre miliari della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di diritti civili – tutte fondate su letture sostanzialistiche e non vincolate al canone tradizionalista della *due*

²¹ A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 19 ss.

process clause. In *Lawrence* leggiamo: «*History and tradition are the starting point but not in all cases the ending point of the substantive due process inquiry*». Una linea rafforzata in *Obergefell*: «*When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal structure, a claim to liberty must be addressed*».

L’opinione della maggioranza in *Dobbs*, secondo cui la Corte è sempre stata «*reluctant*» nel fondare nuovi diritti sulla nozione di *liberty*, è, in una parola, falsa²². I precedenti evocati dalla Corte per fondare l’*incorporation* sul *test* storico – su tutti *Washington v. Glucksberg* e *McDonald v. Chicago* – sono sapientemente selezionati per dimostrare questa tesi: ma l’attenzione del lettore va richiamata sulla circostanza che, negli stessi anni in cui la Corte adottava quelle pronunce qui elevate a canone vincolante, essa adottava altre metodologie di *incorporation*, fondate sulla *liberty* e sul combinato disposto di *liberty* e *equal protection*²³.

La verità è che nella storia del *substantive due process* i due metodi interpretativi, differenti nelle premesse filosofiche ma convergenti negli esiti, si sono sempre alternati, in una dialettica certamente aspra nel confronto tra le opinioni, ma in fin dei conti valorizzante per l’arricchimento del catalogo dei diritti – in un ordinamento costituzionale nel quale, d’altronde, la dinamica del testo è ormai sclerotizzata dall’impercorsibilità di fatto del processo emendativo.

Il rigetto di una metodologia interpretativa fondata da oltre un secolo e vitale nell’applicazione di una delle più decisive previsioni costituzionali lascia dunque perplessi: un’inversione di rotta così brusca avrebbe imposto una motivazione adeguata, anche rispetto al destino dei diritti che fin qui hanno trovato protezione tramite queste tecniche di *incorporation*. Ed invece il lettore viene guidato in una narrazione mistificatoria della giurisprudenza consolidata in materia di *substantive due process*, alla quale, peraltro, non fa da sfondo una posizione culturale e filosofica convincente, ma una superficiale lettura della nozione di *liberty*, che viene, in sostanza, ridotta a un simulacro. La circostanza che una parola enfaticamente codificata nel testo della Costituzione venga qui sostanzialmente scartata perché di difficile definizione dovrebbe suscitare stupore proprio da parte di quei giudici che da sempre valorizzano, talora in modo feticistico, il testo normativo: per

²² D. Cole, “Egregiously Wrong”: *The Supreme Court’s Unprecedented Turn*, in *The New York Review*, 2022; E.D. Bernick, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, in *Cato Supreme Court Review*, 2021-2022, p. 264; A. Sperti, *Il diritto all’aborto*, cit., 3, 2022, p. 29-30, che parla, condivisibilmente, di «uso strumentale dei precedenti».

²³ Per tutti, L. Tribe, *The “Fundamental Right” that Dare not Speaks in its name*, in *Harvard Law Rev.*, 2004, spec. p. 1898.

quanto impegnativa possa essere l’interpretazione del concetto di *liberty*, la Corte Suprema è chiamata a questo compito, conferendogli un significato giuridicamente definito e congruente con la tradizione giurisprudenziale radicatasi da oltre un secolo.

Si dovrebbe, semmai, prendere atto che la discrezionalità interpretativa è una condizione inevitabile nel terreno dei diritti fondamentali. La svolta rappresentata dalla *civil rights revolution* nella protezione dei diritti fondamentali e dell’uguaglianza è avvenuta anche grazie alla definitiva integrazione di metodi di argomentazione giuridica attenti alla materialità degli interessi coinvolti nella decisione, in sintonia, pertanto, con gli approcci sociologici e realisti di critica del concettualismo giuridico fino ad allora prevalente²⁴. D’altro canto, la scelta di ricorrere alla tradizione storica come fonte di legittimazione dei diritti non codificati non evita problemi di soggettivismo interpretativo, giacché, come ha lucidamente dimostrato il *dissent* del giudice Stevens in *McDonald v. Chicago*, «*history is not an objective science, and ... its use can therefore point in any direction the judges favor*».

Rifugiarsi dietro la foglia di fico delle opinioni di giuristi del Medio Evo per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale è dunque fuorviante: si cela a fatica un’opzione culturale reazionaria, orientata alla radicalizzazione delle fratture sociali e al rifiuto del pluralismo dell’interpretazione costituzionale. Commentando il caso *Dobbs*, Reva Siegel ha dimostrato la manipolazione selettiva con cui la Corte ha rappresentato la storia del diritto all’aborto nella tradizione anglo-americana, ed ha ammonito sulla necessità di contestualizzare i riferimenti normativi evitando insulsi cataloghi di atti risalenti²⁵: occorre avere una concezione davvero povera della scienza storica, e un’idea molto ossificata del concetto di tradizione, per credere che

²⁴ Sull’impatto del realismo giuridico sulla giurisprudenza americana, oltre a G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, si veda anche il recentissimo P. Brunet, *Le réalisme juridique américain comme critique du droit*, in A. Basset (dir.), *Les approches critiques du droit - un aperçu*, Paris 2023. Sul rilievo delle “storie” nella giurisprudenza della Corte Suprema sul 14° emendamento, v. A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli 2018, p. 210-240.

²⁵ R. Siegel, *Dobbs, the Politics of Constitutional Memory, and the Future of Reproductive Justice*, in *balkinization*, 22 gennaio 2023. L. Tribe (*Deconstructing Dobbs*, in *The New York Rev. of Books*, 2022) ha sagacemente fatto notare: «It is thus unsurprising, but no less horrifying, to see the Alito opinion cite as precedent, without evident embarrassment, Sir Matthew Hale, a seventeenth-century English jurist who not only insisted that a “husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife” but believed in burning women as witches».

un elenco di atti normativi reperiti negli archivi possa soddisfare l’esigenza di un’autorità oggettiva che convalidi la decisione di un caso pratico²⁶.

5. Il discostamento dai canoni di *overruling*

Ponendosi in aperto contrasto con un filone giurisprudenziale consolidato in tema di *substantive due process*, e selezionando i precedenti in modo arbitrario, la sentenza *Dobbs* è dunque sbagliata e mistificatoria: se è vero che l’*unworkability* della regola pratica della *viability* individuata da *Roe* e *Casey* lasciava spazio per un suo *overruling* nella direzione di un diverso criterio di bilanciamento, è altrettanto vero che l’*overruling* della *incorporation* del diritto all’aborto non è giustificabile alla luce del principio dello *stare decisis*.

Come stabilito in *Janus* – che peraltro già di per sé ha implicato un anomalo temperamento del rigore dello *stare decisis* – nel motivare un *overruling* la Corte Suprema deve dimostrare la sussistenza di almeno uno dei seguenti limiti del precedente: (i) *quality* (l’erroneità del *reasoning*), (ii) *unworkability* (l’inadeguatezza del precedente rispetto alla sua implementazione da parte delle altre corti), (iii) *inconsistency* (la sua incongruenza con un filone giurisprudenziale dominante), (iv) *developments of facts* (l’anacronismo del precedente rispetto alla realtà sociale e giuridica). Inoltre, in ogni caso, l’*overruling* deve trovare un limite nella *reliance* (intesa come legittimo affidamento della società nella certezza del diritto)²⁷.

Nessuno di questi canoni è adeguatamente applicabile ai fini dell’*overruling* di *Roe v. Wade*. Come detto, alcuni di essi si applicano alle regole pratiche stabilite da *Roe* e rimodulate da *Casey* – in particolare *unworkability* e *developments of facts*; ma nessuno di essi può essere applicata alla dichiarazione

²⁶ Una convincente critica all’uso della storia come fonte oggettiva di autorità giuridica, W. Partlett, *Historiography and Constitutional Adjudication*, in *Modern Law Rev.*, 3, 2023, p. 629 ss.

Il problema è peraltro esplicitato in modo ancor più grave nella contemporanea sentenza *New York State Rifle & Pistol Ass. v. Bruen* (2022), che ha modellato un nuovo *test* di bilanciamento ai fini dello scrutinio delle misure limitative del *right to bear arms*, interamente fondato sulla valorizzazione della storia legislativa: una critica accurata a questo approccio in A. Fiorentino, *Tutta un’altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, in *Forum di Quad. Cost.*, 4, 2022.

²⁷ Su questi temi, in prospettiva generale, v. F. Romeo, *L’argomentazione costituzionale di common law*, Torino 2020 e A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e regola del precedente*, in *DPCE online, special issue 2021: I sistemi normativi post-Westfaliani*, spec. p. 114 ss.

di principio enunciata da *Roe* e *Casey*, per cui il diritto all’aborto è un diritto fondamentale incorporato nel 14° emendamento. Quanto la Corte dichiara, nell’intento di dimostrare la validità del suo *overruling*, che «*Roe was egregiously wrong from the start*»²⁸, lo fa ignorando che, al contrario, l’*incorporation* del diritto all’aborto stabilita da *Roe* è avvenuta in coerenza con un consolidato filone giurisprudenziale in tema di *substantive due process*.

E sebbene sia inquietante riconoscerlo, l’*opinion* firmata da Alito è *egregiously wrong* non solo rispetto al *concurring* di Roberts, che si muoveva più saggiamente nella direzione di una revisione della regola pratica di bilanciamento di *Casey*, ma perfino rispetto al violento *concurring* di Thomas. Per quanto si sforzi di stabilire una linea differenziale tra i casi attinenti alla *privacy* e alla dignità, dal già citato *Lawrence* a *Obergefell*, e il caso del diritto all’aborto, l’*opinion* di maggioranza non fuga i dubbi circa la precarietà di tutti i diritti la cui protezione è stata riconosciuta tramite tecniche libere di *incorporation*²⁹. Se è Perroneo metodo della *incorporation* ad aver determinato l’*overruling* di *Roe* e *Casey*, sono oggi a rischio diversi altri diritti fondamentali che hanno dato forma e voce a quella *pursuit of happiness* che i *Founding Fathers* auspicavano per i loro figli.

²⁸ *Dobbs, slip opinion*, p. 6-7,

²⁹ V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 253. V. pure A. Schillaci, *Nel cono d’ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2023, p. 583 ss.

Andrea Buratti

La Corte Suprema e la “disincorporation” del diritto all’aborto

ABSTRACT: The article discusses the reasoning of the U.S. Supreme Court in the Dobbs case, which denied the right to abortion protection under the due process clause of the 14th amendment. After having presented the two leading cases Roe and Casey, the article introduces the different methods of fundamental rights’ incorporation, as experimented in the long-standing case law of the Supreme Court, with the aim to demonstrate that the reasoning in Dobbs is poor and inconsistent with the tenets that govern overruling in Supreme Court’s case-law. The dominance of due process traditionalism is contested, based on the wrong interpretation of the role of history and tradition in fundamental rights adjudication.

KEYWORDS: Dobbs – diritto all’aborto – Corte suprema – 14esimo emendamento – due process traditionalism

Andrea Buratti – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell’Università di Roma Tor Vergata (buratti@juris.uniroma2.it)