



**Alessandra Di Martino\***

## **Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio\*\***

SOMMARIO: 1. Un contesto più largo: femminismi e *backlash*. – 2. Le principali pronunce giurisprudenziali prima di *Dobbs: June Medical Services* e i casi del 2021. – 3. La scelta degli argomenti. – 4. Concludendo con *Dobbs*.

### **1. *Un contesto più largo: femminismi e backlash***

L'aborto investe tipicamente la formula “il personale è politico”: in molti paesi occidentali, a cominciare dagli Stati Uniti, il cd. femminismo di seconda ondata ha molto insistito su questo profilo, nella misura in cui ha condotto fuori dalla sfera privata questioni a lungo considerate proprie solo di essa, dando loro una dimensione pubblica, quindi conflittuale e politica, mostrando al contempo il nesso tra l'autodeterminazione individuale e l'azione collettiva delle donne<sup>1</sup>.

Nel corso degli anni Settanta e Ottanta, tuttavia, non tutti i movimenti femministi hanno scelto di percorrere la medesima strada: alcuni, negli Stati Uniti e anche in Europa, hanno condotto una lotta sociale per il riconoscimento di un diritto individuale ad abortire<sup>2</sup>, vuoi in via giurisprudenziale (negli Stati Uniti), vuoi in via legislativa o tramite il concorso di pronunce giurisprudenziali e leggi, talora anche referendum (nei paesi europei). Altri invece, come alcuni gruppi del femminismo della differenza in Italia, hanno scelto una strada parzialmente diversa. Essi sono stati bensì sostenitori di un aborto sicuro e gratuito, perché nessuna donna avrebbe dovuto essere costretta a terminare una gravidanza senza averla desiderata, ma al contempo hanno richiamato l'attenzione sulle insidie di una strategia incentrata sull'invocazione di un diritto

---

\* Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Sapienza Università di Roma, Dipartimento di Scienze giuridiche

\*\* Il testo costituisce una versione ampliata e rielaborata della relazione tenuta al seminario “Aborto, a che punto siamo? Italia, Europa e oltre”, svoltosi il 12 febbraio 2021 presso l'Università di Roma La Sapienza, Facoltà di Economia. Sottoposto a *peer review*.

<sup>1</sup> Cfr., fra le molte, S. EVANS, *Personal Politics. The Roots of Women's Liberation in the Civil Rights Movement and the New Left*, New York, Knopf, 1979; J.B. ELSHTAIN, *Public Man, Private Woman. Women in Social and Political Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1981; A.M. JAGGAR, *Feminist Politics and Human Nature*, Totowa NJ, Rowman & Allanheld, 1983, 101 ss.; M. FRAIRE (a cura di), *Lessico politico delle donne: teorie del femminismo*, Milano, Franco Angeli, 71 ss.

<sup>2</sup> Cfr. da ultimo, anche con una messa in luce della tensione tra dimensione sociale ed esistenziale del femminismo, M.A. BRACKE, *La nuova politica delle donne. Il femminismo in Italia, 1968-1973*, ed. orig. *Women and the Reinvention of the Political. Feminism in Italy* (2014), Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2019, 107 ss.

individuale di aborto e su di una sua minuta regolamentazione legislativa. Ciò, infatti, avrebbe potuto contribuire a rimuovere le domande di fondo all'origine della gravidanza indesiderata: perché la donna fosse stata così poco attenta verso se stessa dal farsi mettere incinta, e quali relazioni, sulla base di quale tipo di sessualità, intercorressero tra lei e gli uomini. La normalizzazione dell'aborto come oggetto di un diritto individuale, senza la capacità di porsi quelle domande, avrebbe alimentato il rischio di legittimare rapporti squilibrati tra i sessi, nei quali la donna sarebbe stata ancora incapace di percepire e articolare il proprio desiderio (o non desiderio), assecondando una sessualità di stampo prevalentemente maschile. Questi gruppi avevano dunque bensì formulato una richiesta di depenalizzazione dell'aborto, ma avevano evitato battaglie in favore di una legge che disciplinasse nel dettaglio i singoli aspetti del procedimento abortivo, evidenziando altresì che una legge statale siffatta avrebbe provocato ulteriori intrusioni sul corpo e sull'autonomia della donna. In questo modo, paradossalmente, si sarebbe perpetuata la sua subalternità rispetto all'uomo, invece di renderla superflua<sup>3</sup>.

Non spetta a me approfondire questo filone del femminismo italiano, essendovi nell'ambito del seminario un contributo che lo ha più largamente affrontato<sup>4</sup>. Mi concentrerò dunque sul contesto e sulla cultura costituzionale statunitense. L'approccio prevalente – soprattutto tra le giuriste – è stato quello di un femminismo liberale incentrato sulla rivendicazione di diritti individuali, a sua volta agevolato dalla tradizione giuridica di *common law* che si regge in gran parte sulla *litigation*, anche di carattere strategico<sup>5</sup>. Ciò non toglie, come mostra proprio la vicenda dell'aborto, che sia stato importante per la libertà femminile conquistare uno spazio di autonomia individuale, a partire dall'integrità del corpo, laddove in precedenza prevalevano modelli di comportamento imposti dal potere pubblico o da convenzioni sociali<sup>6</sup>. Le sentenze chiave, notissime e colpite recentemente da *overruling*<sup>7</sup>, sono *Roe*, che nel 1973 ha sancito un diritto costituzionale all'aborto, legandone la procedimentalizzazione al cd. *trimester framework*, e *Casey*, che nel 1992 ha corretto lo schema dei trimestri articolando un giudizio di bilanciamento incentrato sullo *standard* dell'*undue burden*<sup>8</sup>. Quest'ultimo è volto a verificare se «una regolamentazione statale [abbia] l'obiettivo o l'effetto di porre un ostacolo sostanziale (*substantial obstacle*) nel percorso di una donna che cerca l'aborto di un feto che non sia in grado di vivere fuori dal grembo materno (*nonviable feto*)»<sup>9</sup>. L'impostazione liberale ha accolto gradualmente anche istanze egualitarie, soprattutto nella forma del principio di non discriminazione, ma anche,

<sup>3</sup> Su questo aspetto insistono alcune tra le principali figure del femminismo italiano della differenza: cfr. RIVOLTA FEMMINILE, *Sessualità femminile e aborto* (1971), in C. LONZI, *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti*, Milano, Rivolta Femminile, 1974, 67 ss.; LIBRERIA DELLE DONNE DI MILANO, *Non credere di avere dei diritti. La libertà femminile nell'idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1987, 61 ss. Tra le giuriste v. più recentemente S. NICCOLAI, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla "natura"*, in *Medicina nei secoli arte e scienza. Journal of History of Medicine*, 2016, 103 ss.

<sup>4</sup> Cfr. le conclusioni di E. OLIVITO, in questo fascicolo.

<sup>5</sup> S.A. LAW, *In Defense of Liberal Feminism*, in R. WEST - C. GRANT BOWMAN (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Cheltenham Northampton, Elgar, 2019, 24 ss. Per una ricostruzione delle varie correnti v. R. WEST, *Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, ivi, 1ss. e, se si vuole, con riferimento alla sfera riproduttiva, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano Udine, Mimesis, 2020, 45 ss., 81 ss.

<sup>6</sup> R. WEST, *Introduction*, cit., 5 ss.

<sup>7</sup> U.S. Ct., *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022).

<sup>8</sup> U.S. S.Ct., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>9</sup> Ivi, 874 ss. (877).

seppure in misura meno marcata, del principio di non subordinazione. Un respiro più largo ha trovato inoltre il principio di eguale cittadinanza.

Su questi ultimi aspetti mi soffermerò meglio più avanti. Qui vorrei almeno ricordare che, anche nel contesto statunitense, non mancano tra le femministe approcci diversi. Merita di essere richiamata, in particolare, la posizione del *black feminism*: le femministe nere hanno mosso critiche incisive al femminismo di seconda ondata, perché promosso e composto soprattutto da donne bianche, che ne avevano condizionato i temi e gli approcci. Le donne nere – anche influenzate dalla *critical race theory* – hanno sottolineato l'importanza di indagare una molteplicità di fattori problematici (accanto al sesso, anzitutto la razza e la classe), in una prospettiva che avrebbe aperto la strada agli studi sulla intersezionalità<sup>10</sup>. Inoltre, a loro avviso, il femminismo delle donne bianche aveva concentrato eccessivamente l'attenzione su alcune questioni, riguardanti situazioni oppressive all'interno della famiglia e della sfera intima (aborto, violenza domestica, abusi verso i minori), nonché sulla pornografia, mentre altre, che stavano più a cuore alle donne nere, sarebbero state tralasciate, come l'istruzione, la giustizia sociale, il rapporto tra teoria e pratica del femminismo, l'allontanamento del femminismo accademico dai bisogni reali delle persone etc.<sup>11</sup>. È significativo, a proposito dell'aborto, il rilievo di bell hooks, secondo cui

abbiamo cliniche per abortire, conquista di un femminismo miope e riformista [...]. Personalmente aspiro a molto di più: vorrei che si desse a tutti la possibilità di accedere a un pensiero e a una pratica davvero femministi. Se lo si facesse, probabilmente molte donne non dovrebbero iniziarsi o approdare al cd. femminismo passando da una clinica abortista o da una casa per donne maltrattate<sup>12</sup>.

Ancora con riguardo all'aborto, per le femministe nere ad apparire importante non era tanto la conquista formale del diritto, quanto la sua effettività pratica, in particolare il profilo dell'accesso, alla luce di fattori economici e organizzativi. Occorreva inoltre restituire centralità a questioni come la salute riproduttiva, la sterilizzazione forzata, la surrogazione di maternità, il trattamento delle madri *single* da parte del sistema sociale e un certo accanimento del sistema penale contro le donne incinte, specie se di basso reddito e di colore. Per molte di esse erano evidenti i legami tra *welfare*, sistema sanitario e diritto dell'immigrazione. Da qui è nata la proposta di inquadrare le questioni attinenti alla sfera riproduttiva non tanto come *reproductive rights* ma come *reproductive justice*, in cui appunto le istanze riproduttive sono collocate in un contesto più

<sup>10</sup> K.W. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in U. CBI. LEG. F., 1989, 139 ss.; D.E. ROBERTS, *Critical Race Feminism*, in R. WEST - C. GRANT BOWMAN (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, cit., 112 ss.; L.C. IKEMOTO, *Reproductive Rights and Justice: a Multiple Feminist Theories Account*, ivi, 261. V. anche P. RUDAN, *Donna. Storia e critica di un concetto polemico*, Bologna, il Mulino, 2020, 144 ss., ed ivi, 156-158, per una differenza tra la politica del "marginare" praticata da alcune femministe nere, e quella dell'"intersezionalità".

<sup>11</sup> M. NADOTTI - BELL HOOKS, *Scrivere al buio*, in BELL HOOKS, *Elogio del margine*, Napoli, Tamu, 2020, 191 ss.

<sup>12</sup> Ivi, 196. Cfr. anche ivi, 225: dopo aver affermato che un problema decisivo è «riflettere su quale sia, per noi [donne], il modo più liberatorio di condur[re] le relazioni con gli uomini» rileva sarcasticamente che questi «"minacciosi" dialoghi femministi [...] sono stati spazzati via per primi, mentre ci siamo tenute le discussioni sull'aborto o sull'antipornografia, tutti temi che costituiscono il corpo come luogo di pericolo e minaccia, invece che come sito e possibilità di piacere». Sono qui evidenti alcune assonanze con il pensiero italiano della differenza sessuale.

ampio di giustizia sociale e intersecano temi come l'istruzione, l'abitazione, la salute, il salario decente, l'ambiente e le relazioni all'interno della comunità<sup>13</sup>. È stato, inoltre, efficacemente messo in luce un aspetto culturale trasversale che circonda il tema dell'aborto, relativo al suo essere coperto da un velo di segretezza, poiché le donne temono, non a torto, di essere esposte a una serie di danni più o meno immediati nel momento in cui rivelano di aver avuto accesso alla pratica (dovendo spiegare in prima persona i propri comportamenti sessuali, il modo in cui hanno affrontato l'aborto e le relative conseguenze). Se questo avviene nei rapporti interprivati, l'impossibilità di parlare della reale esperienza femminile tra le persone ha inevitabilmente ripercussioni negative sull'impostazione del dibattito sull'aborto nello spazio pubblico e nei lavori parlamentari inerenti alle leggi volte a disciplinarlo<sup>14</sup>.

Nel contesto odierno bisogna tuttavia fare un passo ulteriore, e cioè guardare tali questioni anche alla luce delle politiche adottate, in molti paesi, da governi populistici reazionari<sup>15</sup>. Il problema è invero complesso e mi limito qui ai riferimenti essenziali riprendendo, tra le autrici femministe, l'analisi di Nancy Fraser. Negli Stati Uniti, l'ascesa di Donald Trump è stata in linea con le tendenze più generali, contribuendo a rafforzarle ulteriormente: si è innestata su alcune correnti, già presenti nel mondo repubblicano conservatore, esasperandone la componente populista di destra, che a sua volta ha trovato origine in alcuni mutamenti profondi della società americana<sup>16</sup>. Se già si parlava di un «neoliberismo conservatore», Fraser fa giustamente notare come una serie di nodi irrisolti siano dovuti anche alla successiva affermazione di un «neoliberismo progressista», votato da una parte ad accrescere le istanze di riconoscimento attraverso il potenziamento dei diritti individuali, ma più restio ad avvertire come urgenti le questioni di giustizia sociale e di redistribuzione del reddito. Tali sviluppi avrebbero una parte di responsabilità nell'aver alimentato il populismo reazionario, poi rivelatosi un «neoliberismo iperreazionario»<sup>17</sup>.

Ciò ha avuto delle ripercussioni anche nel modo di affrontare l'aborto, nella misura in cui

l'influenza insidiosa del neoliberalismo ha cambiato il significato della scelta, riducendolo, in molti contesti, da autonomia a individualismo del libero mercato<sup>18</sup>.

In altre parole, lo sganciamento della *choice* dalla *substantive equality* ha «res[o] la decisione sull'aborto, nella battaglia culturale, politicamente più vulnerabile»: l'inquadramento della

<sup>13</sup> IKEMOTO, *Reproductive Rights and Justice*, cit., 262-263; L.J. ROSS, R. SOLINGER, *Reproductive Justice: An Introduction*, Oakland, University of California Press, 2017.

<sup>14</sup> C. SANGER, *About Abortion. Terminating Pregnancy in Twenty-First-Century America*, Cambridge Mass., Belknap, 2017, 46 ss.

<sup>15</sup> Per un quadro comparato su populismi ed erosione democratica rimando, per tutti, a M.A. GRABER - S. LEVINSON - M. TUSHNET (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, OUP, 2018; M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Power to the People. Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford, OUP, 2021. Emblematico il caso polacco, su cui v. in questo fascicolo il contributo di J. SAWICKI.

<sup>16</sup> N. FRASER, *Il vecchio muore e il nuovo non può nascere. Dal neoliberismo progressista a Trump e oltre*, ed. orig. *The Old is Dying and the New Cannot Be Born: From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond* (2019), Verona, Ombre corte, 2019.

<sup>17</sup> Ivi, 11 ss. (26). V. anche N. FRASER, *Fortune del femminismo. Dal capitalismo regolato dallo stato alla crisi neoliberista*, ed. orig. *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis* (2013), Verona, Ombre corte, 2014. Per un confronto tra populismo di destra e di sinistra v. M. TUSHNET, *Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism*, in ID. - M.A. GRABER - S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, cit., 639 ss.

<sup>18</sup> L.C. IKEMOTO, *Reproductive Rights and Justice*, cit., 259.

discussione sull'aborto all'interno di una *culture war* tra conservatori, o iperreazionari, e progressisti ha così contribuito alla perdita di incisività di un *rights based approach* e all'erosione del *right to privacy* e del *right to decide*<sup>19</sup>.

A condurre la “guerra culturale” sono state anzitutto organizzazioni conservatrici religiose della destra extraparlamentare, che hanno a loro volta influenzato il partito repubblicano e le maggioranze da questo conquistate all'interno degli stati. Nel periodo più recente, inoltre, sono emersi chiaramente i legami di tali organizzazioni con gruppi violenti e razzisti, insieme a un'ideologia sospettosa e mistificatrice delle evidenze scientifiche<sup>20</sup>. Alla luce di una strategia mirata, gli stati a maggioranza repubblicana hanno approvato leggi restrittive del diritto di aborto, rendendone sempre più difficile l'esercizio. Inizialmente, tale strategia aveva evitato un attacco frontale a *Roe* e a *Casey*: le modifiche legislative avevano riguardato il taglio dei finanziamenti (agli aborti chirurgici e alle organizzazioni che si occupano di *family planning*), la delimitazione molto circoscritta di modalità e tecniche degli interventi (per esempio il divieto all'uso di determinati strumenti a partire dal secondo trimestre di gravidanza), l'imposizione di adempimenti preliminari per le donne che avessero scelto di abortire (tra gli altri, il rispetto di tempi di attesa, lo svolgimento di una consultazione, la sottoposizione a un'ecografia che mostrasse visivamente il feto), i requisiti che medici e cliniche avrebbero dovuto rispettare (come l'ottenimento di un'autorizzazione presso strutture ospedaliere e la disponibilità di determinati spazi e strutture)<sup>21</sup>. Le ultime leggi sono note anche con l'acronimo di *TRAP laws*, dove *TRAP* sta per *Targeted Regulations of Abortion Providers*.

L'orientamento volto a scoraggiare l'aborto è proseguito durante la pandemia, nella misura in cui diversi stati, con governi guidati dal partito repubblicano, hanno impedito indirettamente l'accesso all'aborto, definendolo una procedura medica “non essenziale” o “facoltativa”, postponendola fino al termine dell'emergenza o comunque per un certo lasso di tempo, salvo casi eccezionali di pericolo per la salute o la vita della donna. Altre misure restrittive hanno riguardato la necessità di un test negativo al covid-19 nelle 48 ore precedenti all'intervento, che nella prassi si è rivelato difficile da ottenere per la mancanza dei test e per il rifiuto, opposto dalle strutture sanitarie e diagnostiche, di effettuarlo su persone asintomatiche. Tali misure, nel loro complesso, hanno dato luogo a un contenzioso giudiziario con esiti alterni; in alcuni casi sono state modificate dagli organi politici<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Ivi, 258-259.

<sup>20</sup> Mette bene in evidenza questi collegamenti S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, Cedam, 2012; EAD., *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *Bio Law Journal*, 2-2021, 257 ss. Per una versione in lingua inglese v. EAD., *False Science and Misogyny: Trump's Assault on Reproductive Rights*, in *DPCE online*, 1-2021, 1087 ss.

<sup>21</sup> Cfr. L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 2016, 806 ss. Per ulteriori informazioni rimando a L. BUSATTA - M. TOMASI - S. GABRIELE - N. BARBINI - B. CARMINATI (a cura di), *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, in *biodiritto.org* (aggiornato periodicamente); GUTTMACHER INSTITUTE, *An Overview of Abortion Laws*, in *guttmacher.org*, 16 luglio 2016.

<sup>22</sup> Cfr., con riferimento agli stati di Alabama, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Alaska, Arkansas, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Mississippi, North Carolina, West Virginia e Texas, L. SOBEL - A. RAMASWAMY - B. FREDERIKSEN - A. SALGANICOFF, *State Action to Limit Abortion Access During the Covid-19 Pandemic*, in [www.kff.org/coronavirus-covid-19/issue-brief/state-action-to-limit-abortion-access-during-the-covid-19-pandemic](http://www.kff.org/coronavirus-covid-19/issue-brief/state-action-to-limit-abortion-access-during-the-covid-19-pandemic). V. altresì C. BASSU, *Diritto alla salute: l'impatto del Covid-19 sul corpo delle donne*, in E. CATELANI - M. D'AMICO (a cura di), *Effetto Covid. Donne, la doppia discriminazione*, Bologna, il Mulino, 2021, 147 ss.; S. DE VIDO, *Gender Inequalities and Violence against Women's Health during the Covid-19 Pandemic: an International Law Perspective*, in *Bio Law Journal*, 3-2020, 91 ss.

Il *trend* delle normative statali volte a ostacolare l'aborto è diventato ancora più pesante durante il 2021. La legge del Texas sull'*heartbeat* appare come la normativa più restrittiva: essa vieta l'aborto dal momento in cui si può ascoltare il battito fetale, ossia, in pratica, dalla sesta settimana di gravidanza. La previsione di un limite siffatto può precludere del tutto il ricorso all'aborto, perché alla sesta settimana la donna si è normalmente appena accorta di essere incinta (o non lo sa ancora). Inoltre, per restringere le maglie del controllo giudiziario, la legge istituisce un meccanismo del tutto anomalo con riguardo all'osservanza della sua attuazione: quest'ultima viene affidata non tanto a funzionari pubblici quanto al singolo privato cittadino, che può ricevere una somma in danaro qualora segnali fatti e persone che in vario modo abbiano concorso all'effettuazione di un aborto oltre i limiti temporali stabiliti. Tra le leggi relativamente meno incisive, seppure limitative, vi è quella del Mississippi, che vieta aborti dopo la quindicesima settimana, salvo si riscontrino un'emergenza medica o una grave malformazione fetale<sup>23</sup>.

Per quanto concerne la Corte Suprema, mi limiterò a esaminare i casi più importanti dell'ultimo triennio: la Corte ha dapprima, nel 2020, riaffermato la propria giurisprudenza in *June Medical Service*<sup>24</sup>, seppure con qualche importante distinguo. In seguito ha avallato una serie di misure limitative del diritto delle donne ad abortire: prima, in *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*<sup>25</sup>, con riguardo all'aborto farmacologico, poi in alcuni procedimenti di urgenza dove ha negato la sospensione provvisoria della legge texana, anche se ha riconosciuto il diritto di azione dei ricorrenti contro alcuni convenuti<sup>26</sup>. Da ultimo, in *Dobbs*, una pronuncia che ha fatto discutere il mondo intero, ha pronunciato l'*overruling* di *Roe* e *Casey*<sup>27</sup>.

Prima di esaminare più nel dettaglio le singole pronunce, vale la pena ricordare che il consolidamento di questo orientamento giurisprudenziale è stato possibile grazie a un cambiamento significativo nella composizione della Corte Suprema: com'è noto, per motivi fortuiti e non, Trump ha potuto nominare durante un solo mandato ben tre giudici – Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh ed Amy Coney Barrett – tutti vicini ideologicamente al partito repubblicano e di tendenze chiaramente antiabortiste. Benché sia possibile parlare di una relativa autonomia delle argomentazioni giuridiche da quelle politiche, tale autonomia si riduce in maniera sensibile nel contesto statunitense, ora così fortemente polarizzato, e le opzioni politico-ideologiche dei giudici si riflettono senza troppi filtri nelle loro *opinions*<sup>28</sup>, che possono essere viste – soprattutto *Dobbs* – come atti di *constitutional politics*<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. per tutti G. TIEGHI, *Sfide (epocali?) generate dalla State Abortion Legislation 2021 statunitense: 'Critical Oral Arguments' dinanzi alla Corte Suprema*, in *DPCE online*, 1-2022, 121 ss., con ulteriori dati.

<sup>24</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services v. Russo*, 591 U.S.\_(2020).

<sup>25</sup> U.S. S.Ct., *Food and Drug Administration et. al. v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, 592 U.S.\_(2021).

<sup>26</sup> U.S. S.Ct., *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge et al.*, 594 U.S.\_(2021); *Whole Woman's Health et al. v. Jackson, District Court of Texas et al.*, 595 U.S.\_(2021).

<sup>27</sup> U.S. Ct., *Dobbs*, cit.

<sup>28</sup> Per un quadro complessivo della recente giurisprudenza della Corte v. M.J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy – and the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 2020, 4 ss.; C.M. RODRÍGUEZ, *Foreword: Regime Change*, in *Harv. L. Rev.*, 2021, 1 ss. Sulle varie proposte di riforma della Corte Suprema, sviluppate anche all'interno della Commissione istituita dal Presidente Biden v. PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Draft Final Report*, december 2021, consultabile su *whitehouse.gov*. Per una prospettiva favorevole al *court packing* v. M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Power to the People*, cit., 172 ss.

<sup>29</sup> J. FISHKIN, *Dissents I Would Like to Read in Dobbs*, in *balkin.blogspot.com*, 11 maggio 2022.

## 2. Le principali pronunce giurisprudenziali prima di Dobbs: *June Medical Services* e i casi del 2021

*June Medical Services* riguardava una *TRAP law*, in particolare una legge della Louisiana che aveva imposto, quale requisito per i medici che praticano l'aborto, l'ottenimento di un "privilegio di ammissione" (*admitting privilege*) presso un ospedale situato entro le trenta miglia dal luogo dove l'aborto è effettuato o indotto. Si tratta di un requisito del tutto analogo a quello previsto in passato da una legge del Texas, dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema nel 2016 nella sentenza *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>30</sup>. A distanza di quattro anni la Corte, con una maggioranza di cinque giudici a quattro, ha sostanzialmente ribadito il contenuto di quella decisione, con le precisazioni che si vedranno. L'opinione della Corte è stata scritta dal medesimo redattore, il giudice Breyer, e ad essa hanno aderito le giudici Ginsburg, Sotomayor e Kagan. Il *Chief Justice* Roberts ha scritto un'opinione concorrente. Tutti gli altri giudici (Alito, Thomas, Gorsuch e Kavanaugh) hanno formulato opinioni dissenzienti.

Breyer ha adottato una linea argomentativa analoga a *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* e coerente con la propria esperienza di amministrativista: l'*opinione* è tutta incentrata sulla valutazione dei fatti e sull'applicazione dello *standard* dell'*undue burden* originariamente sviluppato in *Casey* e integrato con la considerazione, accanto agli oneri (*burdens*), dei benefici (*benefits*) che la legge in questione avrebbe potuto apportare<sup>31</sup>. I giudici di maggioranza hanno riesaminato e infine confermato il *factual finding* della corte distrettuale, sostenendo che l'imposizione degli *admitting privileges* ai medici rendesse in pratica più oneroso per la donna l'esercizio del diritto di abortire. Hanno infatti accertato che tale requisito è indipendente dalle capacità professionali del medico e, in pratica, molto difficile da ottenere, dal momento che la stragrande maggioranza degli aborti non richiede ospedalizzazione e i medici che li praticano non operano in strutture ospedaliere. L'acquisizione dei *privileges* è invece condizionata all'aver introdotto un certo numero di pazienti nella struttura, all'aver conseguito una valutazione positiva delle prestazioni in sala operatoria e/o all'aver ricevuto una "copertura" da parte di un medico interno, copertura che spesso espone chi la offre a ritorsioni da parte degli antiabortisti<sup>32</sup>. Si tratta, quindi, di condizioni che pregiudicano di fatto l'ottenimento degli *admitting privileges* e che, in tal modo, riducono il numero complessivo dei medici che praticano gli aborti (alcuni di coloro che astrattamente avrebbero potuto operare hanno sostenuto che avrebbero smesso di farlo, qualora fossero rimasti in pochi). L'*opinione* di maggioranza ha evidenziato come i paletti posti all'attività degli operatori sanitari ricadessero indirettamente sull'esercizio, da parte della donna, del diritto a interrompere la gravidanza: con molti meno medici abilitati a praticare aborti, le donne avrebbero dovuto probabilmente raggiungere posti più lontani e attendere tempi lunghi per accedere ad aborti tardivi e meno sicuri,

<sup>30</sup> U.S. S.Ct., *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt, Commissioner, Texas Department of State Health Services*, 579 U.S. (2016). La differenza tra i due casi risiedeva nel fatto che in *June Medical Services* la normativa della Louisiana era stata sospesa e non aveva ancora prodotto effetti.

<sup>31</sup> Su questi profili v. L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici*, cit.; EAD., *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in DPCE online, 3-2020, 4460 ss.

<sup>32</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., 6 ss., 19 ss.

esponendo la propria salute a un rischio più elevato<sup>33</sup>. Tali conseguenze negative avrebbero pesato in maniera sproporzionata sulle donne povere<sup>34</sup>. Quanto agli eventuali benefici, non ve ne sarebbero stati di apprezzabili per la salute della donna<sup>35</sup>. Alla luce di queste considerazioni, Breyer, per la maggioranza, ha affermato che «la legge impone[va] un *undue burden* sul diritto costituzionale della donna di scegliere di avere un aborto»<sup>36</sup>. Come stabilito in *Casey*, la valutazione è stata parametrata non su tutte le donne, ma sul gruppo rispetto al quale le norme considerate avrebbero dato luogo a una restrizione attuale e rilevante<sup>37</sup>.

Di altro tenore è l'opinione concorrente del giudice Roberts: già dissenziente in *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, il Presidente della Corte ha ribadito il nucleo della propria posizione, fornendo tuttavia il voto decisivo per la maggioranza e argomentandolo alla luce della dottrina dello *stare decisis*<sup>38</sup>. Roberts ha avvertito l'esigenza di osservare il precedente, per garantire prevedibilità, certezza e continuità della giurisprudenza e salvaguardare l'affidamento dei terzi. Già in *Casey* il rispetto dello *stare decisis* era stato invocato quale ragione principale per non disattendere *Roe* e mantenere salda la legittimazione della Corte Suprema. Sempre per non intaccare la legittimazione della Corte, rendendola oggetto di un conflitto politico troppo aspro, lo stesso Roberts aveva contribuito a salvare l'*Affordable Care Act* voluto dal Presidente Obama<sup>39</sup>. Con il fine di rafforzare l'argomento del precedente vincolante, Roberts si è appoggiato a citazioni di grandi autori della tradizione di *common law* e dei *Federalist Papers*: da Blackstone a Burke a Hamilton, i quali hanno in vario modo sottolineato l'importanza dello *stare decisis* per assicurare la stabilità del diritto e ridurre il margine di arbitrio giudiziale nelle decisioni, alla luce di un atteggiamento di umiltà del giurista che, avvertendo i propri limiti, attinge alla conoscenza del passato per orientare le proprie decisioni<sup>40</sup>. Per Roberts, il precedente da seguire era *Casey* e non *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, del quale ha rifiutato il bilanciamento tra costi e benefici, perché considerato, in linea con le tesi di Scalia, troppo imprevedibile e inadatto alle funzioni giudicanti<sup>41</sup>.

L'argomento del precedente è stato anche al centro dell'opinione dissenziente del giudice Thomas, che lo ha esaminato in relazione a due questioni, adottando una posizione opposta a quella di Roberts. La prima era di carattere procedurale e atteneva allo *standing* che la Corte ha riconosciuto a medici e cliniche, nella misura in cui gli uni e le altre hanno fatto valere giudizialmente il diritto delle donne di abortire. Thomas ha ritenuto che l'interpretazione dei precedenti da parte della maggioranza fosse errata, non essendo configurabile uno *standing* delle terze parti all'interno della *case and controversy clause* di cui all'art. III Cost<sup>42</sup>. La seconda questione

<sup>33</sup> Ivi, 8-9, 34-35.

<sup>34</sup> Ivi, 34.

<sup>35</sup> Ivi, 36 ss.

<sup>36</sup> Ivi, 38.

<sup>37</sup> Ivi, 40.

<sup>38</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Roberts *concurring*, 1 ss. Criticamente su questa *opinion v. S. MANCINI, Il canarino nella miniera del liberalismo*, cit., 268 ss.

<sup>39</sup> U.S. S.Ct., *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius et al.*, 567 U.S. (2012), *King v. Burwell*, 576 U.S. (2015).

<sup>40</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Roberts, *concurring*, 2-4.

<sup>41</sup> Ivi, 5 ss., con espliciti richiami a Scalia. Cfr. in particolare A. SCALIA, *The Rule of Law as Law of Rules*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1989, 1175 ss.

<sup>42</sup> L'unico appiglio possibile – un'opinione concorrente del giudice Stevens in un caso relativo alla mancata corresponsione di rimborsi per interventi di aborto nell'ambito del *Medicaid* (U.S. S. Ct., *Singleton v. Wulff*, 428 U.S. 106 (1976)) – si sarebbe riferito in realtà a diritti propri dei ricorrenti di natura economica. Essendo l'opinione concorrente *on the narrowest ground*, per



era invece sostanziale e l'atteggiamento di Thomas è stato molto netto: l'intera serie di precedenti che muove da *Roe* (anzi, da *Griswold*, in materia di contraccezione<sup>43</sup>) e arriva fino a *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* era sbagliata e non andava seguita. Thomas ha criticato ferocemente l'elaborazione giurisprudenziale del *right to privacy* al quale era stato agganciato prima il diritto a usare contraccettivi e poi quello di abortire. Ha ripreso in questo frangente le iniziali obiezioni del giudice Black, testualista e democratico<sup>44</sup>. *Roe* sarebbe stato un precedente «gravemente sbagliato per molte ragioni», la più importante delle quali rimaneva quella secondo cui «il diritto di una donna ad abortire un bambino non ancora nato» – la scelta dei termini non è ovviamente casuale – non avrebbe trovato alcun appiglio nel testo del XIV emendamento<sup>45</sup>. Thomas ha poi contestato la lettura *substantive* della *due process clause*, sostenendo l'idea che il significato prioritario del XIV emendamento attenesse alla separazione dei poteri e che, in ogni caso, la garanzia da esso offerta fosse di tipo procedurale. La giurisprudenza sull'aborto successiva a *Roe*, per Thomas, non era riuscita a fare chiarezza: piuttosto, essa era stata costantemente attaccata da una parte dei giudici della Corte e giaceva in uno stato di «assoluta entropia»<sup>46</sup>. Alla luce di un protocollo sul precedente elaborato in *Gamble*<sup>47</sup>, Thomas si è fatto dunque promotore di un *overruling* di *Roe* e della sua «progenie»<sup>48</sup>. Altri *dissents* in *June Medical Services* sono stati redatti da Alito, da Gorsuch e da Kavanaugh, che hanno insistito sia sull'assenza di un *third-party standing* per cliniche e medici in luogo delle pazienti, sia sulla tesi per cui il requisito degli *admitting privileges* è una misura a tutela della salute della donna (tesi suffragata da una diversa lettura dei fatti rispetto a quella della maggioranza), sia sulla inconsistenza del test dell'*undue burden*<sup>49</sup>.

La seconda decisione rilevante, nell'arco di tempo considerato, è *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, emanata all'inizio del 2021: una motivazione di poche righe con cui i giudici non hanno accolto la richiesta di disapplicare il provvedimento della FDA con cui si confermava il ritiro in presenza di un farmaco, il mifepristone, utilizzato per l'aborto farmacologico (*in person-requirement*)<sup>50</sup>. Durante la pandemia da covid-19, la FDA e il Dipartimento della Salute – seguendo le raccomandazioni del *Center of Disease Control and Prevention* – hanno incentivato la telemedicina ed eliminato l'*in-person requirement* per una lunga serie di esami e farmaci, tra cui gli oppioidi, ma non per il mifepristone. A sostegno della decisione si può leggere solo una breve opinione concorrente del *Chief Justice Roberts*. Tre giudici hanno dissentito: Breyer, che ha fatto registrare il suo disaccordo, Sotomayor, che ha scritto un'articolata opinione

---

Thomas era su di essa, alla luce della dottrina *Marks* (U.S. S.Ct., *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1970)) che andava individuato il precedente, e questo avrebbe appunto escluso lo *standing* di medici e cliniche per far valere un diritto che sarebbe stato di stretta spettanza delle donne: cfr. U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Thomas, *dissenting*, 2 ss. L'interpretazione delle opinioni *plurality* è tuttavia controversa, e la dottrina *Marks* è soltanto una delle soluzioni possibili: v. tra gli altri L. NOVAK, *The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions*, in *Col. L. Rev.*, 1980, 756 ss.

<sup>43</sup> U.S. S.Ct., *Griswold v. United States*, 381 U.S. (1965).

<sup>44</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Thomas, *dissenting*, 14-15.

<sup>45</sup> Ivi, 16.

<sup>46</sup> Ivi, 16 ss., con una lunga citazione delle opinioni dissenzienti in numerose decisioni a partire da *Roe* (virgolettato a p. 19).

<sup>47</sup> *Infra*, nn. 87, 94.

<sup>48</sup> Ivi, 20 (il termine, dall'accezione evidentemente dispregiativa, non è infrequente in questo ambito; cfr. anche ivi, 18).

<sup>49</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Alito *dissenting*, 1 ss.; Gorsuch *dissenting*, 1 ss.; Kavanaugh *dissenting*, 1 ss.

<sup>50</sup> Si tratta del prodotto chimico utilizzato per quella che in Italia è nota come “pillola abortiva” (RU486): causa l'interruzione di gravidanza riducendo l'apporto di progesterone, mentre un altro farmaco, il misoprostolo, assunto a un paio di giorni di distanza, provoca le contrazioni uterine.

dissenziente, e Kagan, che ha aderito a quest'ultima. Erano passati solo pochi mesi dall'emanazione di *June Medical Service* ma il contesto era in parte cambiato: la Corte aveva deciso diverse questioni relative alla costituzionalità di misure adottate per contrastare la pandemia<sup>51</sup> e, soprattutto, Coney Barrett aveva sostituito Ginsburg all'interno del collegio. Questo era il suo primo caso in materia di aborto.

La breve opinione concorrente di Roberts è stata favorevole al provvedimento della FDA in nome del rispetto della discrezionalità del decisore politico nell'apprezzare i rischi derivanti dall'emergenza pandemica. A sostegno di questa posizione ha richiamato *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, con cui la maggioranza della Corte aveva confermato le misure di contenimento adottate dal Governatore della California, seguendo un tipo di scrutinio che lasciava ampio margine di valutazione agli organi politicamente responsabili per le decisioni che presentavano un elevato carattere di dinamicità, dipendevano da valutazioni fattuali ma al contempo pertenevano ad ambiti dove vi era incertezza dal punto di vista scientifico<sup>52</sup>. Occorre peraltro ricordare che l'FDA è un'agenzia amministrativa indipendente e non un vero e proprio organo politico, e che la giurisprudenza sulle misure pandemiche non è stata lineare poiché, pochi mesi dopo la pronuncia citata da Roberts, con il collegio in composizione diversa, la Corte ha cambiato orientamento, facendo prevalere la libertà religiosa sulla discrezionalità tecnico-politica, e confermando tale posizione in un'altra sentenza emanata su impulso della *South Bay United Pentecostal Church*, la prima redatta da Coney Barrett<sup>53</sup>. Se, per certi versi, il Presidente Roberts ha mostrato di voler tenere fede alla prima decisione – sollevando un altro problema di interpretazione del precedente – è altrettanto condivisibile l'obiezione mossagli da Sotomayor, secondo cui la decisione dell'FDA non sarebbe stata motivata da solide basi scientifiche<sup>54</sup>.

Anche in questo caso, gli argomenti utilizzati dalla giudice dissenziente si sono mossi sul piano dei fatti. Ma si tratta di fatti letti attraverso l'esperienza delle donne che, già nelle prime settimane, si sono convinte di dover abortire. Non solo, dunque, Sotomayor ha ricordato una serie di dati difficilmente contestabili: che il virus si propaga attraverso il contatto, soprattutto negli spazi chiusi, e che quindi bisogna evitare l'uno e gli altri, nonché attraverso l'uso, per una durata relativamente lunga, dei mezzi di trasporto pubblici. Il mefipristone sarebbe stato peraltro l'unico farmaco, assumibile anche in casa, per quale si imponeva l'obbligo del ritiro di persona presso un presidio medico<sup>55</sup>. Ma la giudice ha fotografato altresì, con particolare vividezza, la situazione delle donne che si scoprono incinte e, sentendo di non voler portare a termine la gravidanza, hanno poco tempo per accedere all'aborto farmacologico e lo possono fare solo esponendo sé

<sup>51</sup> Cfr. U.S. S.Ct., *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*\_(2020); *Democratic National Committee v. Wisconsin State Legislature*\_(2020); *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York, v. Andrew Cuomo*\_(2020).

<sup>52</sup> U.S. S.Ct., *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*\_(2020), Roberts concurring.

<sup>53</sup> U.S. S.Ct., *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York, v. Andrew Cuomo*\_(2020). In seguito cfr. U.S. S.Ct., *National Federation of Independent Business et al. v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*; *Ohio et al. v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*, 595 U.S.\_(2022).

<sup>54</sup> U.S. S.Ct., *Food and Drug Administration et al. v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, cit., Sotomayor, dissenting, 11-12, richiamando l'opinione dissenziente di Kagan in *Democratic National Committee v. Wisconsin State Legislature*, 592 U.S. (2020).

<sup>55</sup> U.S. S.Ct., *Food and Drug Administration et al. v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, cit., Sotomayor, dissenting, 1.

stesse e le loro famiglie a ulteriori rischi sanitari<sup>56</sup>. Se la gravidanza viene normalmente scoperta tra la quinta e la settima settimana, e l'aborto farmacologico è possibile solo fino alla decima, la finestra temporale disponibile per ricorrervi è relativamente stretta. Procurarsi il medicinale in presenza, nel contesto della pandemia, è apparso particolarmente difficoltoso, poiché i presidi medici avevano orari molto ridotti, e perché a doverli raggiungere con i trasporti pubblici sono state molto spesso donne nere o ispaniche, o comunque donne relativamente povere. Sotomayor ha ricordato infatti che più della metà delle donne che hanno un aborto sono di colore, che hanno basso reddito e che il tasso di mortalità per covid è tre volte più alto per individui appartenenti alle comunità nere e ispaniche. Questi gruppi sociali sono maggiormente inclini sia a servirsi dei mezzi di trasporto pubblico, sia a convivere in abitazioni con membri di più generazioni, il che comporta un aumento del rischio di contagiare i più anziani<sup>57</sup>. Non è un caso che tra i ricorrenti, accanto a un'associazione di ginecologi e ostetriche, vi fosse un collettivo di donne di colore per la giustizia riproduttiva (il *SisterSong Women of Color Reproductive Justice Collective*<sup>58</sup>). La giudice Sotomayor non ha del resto mai rinnegato – offrendone invece spesso testimonianza nella sua attività presso la Corte – la propria origine sociale e razziale e il suo essere donna<sup>59</sup>.

L'opinione dissenziente è un atto che si presta, di per sé, a una scrittura personale e appassionata, tale da coinvolgere direttamente il lettore<sup>60</sup>. Anche Sotomayor si è concessa un paio di passaggi retoricamente più incisivi: il primo quando ha chiosato sarcasticamente l'affermazione del Governo federale, secondo cui le donne che non fossero riuscite a rispettare la finestra delle dieci settimane per l'aborto farmacologico avrebbero potuto comunque accedere all'aborto chirurgico (ovviamente più rischioso)<sup>61</sup>. Il secondo è relativo al commento, altrettanto incisivo, dei dati, parziali e incompleti, presentati dal Governo in relazione a un'apparente crescita degli aborti nel 2020 in due stati dove già vigeva l'*in-person requirement*<sup>62</sup>. Per la giudice, dunque, la mancata deroga a tale requisito per il farmaco abortivo avrebbe imposto un *undue burden* «non necessario, irrazionale e ingiustificabile» al diritto della donna di scegliere di avere un aborto<sup>63</sup>.

Nei mesi conclusivi del 2021 sono state emanate altre decisioni significative, attraverso procedimenti di urgenza, aventi ad oggetto la legge del Texas sull'*heartbeat*: la prima, con una motivazione molto scarna, ha escluso la sospensione della legge, laddove tre *dissenting opinions* hanno messo in evidenza il danno grave e imminente che si sarebbe prefigurato per la donna alla quale era di fatto impedito di abortire. In particolare, Sotomayor ha sostenuto in maniera molto

<sup>56</sup> Ivi, 1 ss.

<sup>57</sup> Ivi, 6-8.

<sup>58</sup> Peccato che questo soggetto rimanga nascosto nell'abbreviazione *et al.* per i ricorrenti, tra quali sono facilmente riconoscibili sono ostetrici e ginecologi.

<sup>59</sup> Cfr. anche l'autobiografia S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, ed. orig. *My Beloved World* (2013), a cur di B. Barbisan, Bologna, il Mulino, 2017.

<sup>60</sup> Si consenta il rinvio ad A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, Jovene, 2016, 446 ss.

<sup>61</sup> U.S. S.Ct., *Food and Drug Administration et. al. v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, cit., Sotomayor, *dissenting*, 8 («che risposta spietata!»).

<sup>62</sup> Ivi, 10 («leggere i dati del Governo, statisticamente insignificanti e selezionati selettivamente (*cherry picked*) non è più informativo che leggere le foglie del thé»).

<sup>63</sup> Ivi, 12, 6.

ferma l'incostituzionalità della legge<sup>64</sup>. La seconda pronuncia ha affrontato più direttamente la questione del meccanismo attuativo, ammettendo i ricorsi delle cliniche abortive contro alcuni soggetti (ma non contro altri). L'*opinion* di maggioranza, redatta dal giudice Gorsuch, si è mantenuta lungo il crinale di un ragionamento piuttosto formalistico. La maggior parte dei giudici di provenienza conservatrice vi ha aderito completamente; gli altri giudici hanno adottato opinioni separate in parte concorrenti e in parte dissenzienti. È stata ancora una volta Sotomayor ad aver evidenziato il carattere abusivo della legge, che aveva previsto forme di controllo della sua attuazione attraverso il coinvolgimento di privati cittadini, con il fine non troppo velato di eludere la giustiziabilità dinanzi alle corti<sup>65</sup>.

## 2. La scelta degli argomenti

Colpisce che, nelle decisioni che si sono fin qui ricordate, i diritti e i principi costituzionali vi abbiano giocato un ruolo piuttosto marginale. Certo, l'incostituzionalità nella *majority opinion* di *June Medical Services* e nei *dissents* delle pronunce successive (specie quelli redatti da Sotomayor) risulta da una violazione del diritto della donna di abortire. Ma l'argomentazione non ruota intorno al suo fondamento né intorno ai principi costituzionali di autonomia, dignità ed eguaglianza, su cui invece si era incentrata la giurisprudenza pregressa e si era sviluppato un dibattito dottrinale articolato. Questo tipo di impostazione torna invece in *Dobbs*, dove la prima parte della decisione è dedicata all'interpretazione della *substantive due process clause*.

Non posso ripercorrere in questa sede il lungo e noto percorso giurisprudenziale sul diritto di aborto, su cui ci sono già molti studi<sup>66</sup>. Mi limito a ricordare i passaggi principali: nel 1969, con *Griswold*, la Corte Suprema enuclea un *right to privacy*, a partire dalle *penumbra zones* di alcuni emendamenti e dalla *due process* nella sua accezione sostanziale<sup>67</sup>; pochi anni prima, in una opinione dissenziente, il giudice Harlan aveva impiegato un concetto ampio di *liberty*<sup>68</sup>. Nel 1973, in *Roe v. Wade*, il *right to privacy* è utilizzato per offrire una copertura a un diritto costituzionale della donna ad abortire, ancorato vuoi ad alcuni emendamenti (I, III, IV, V e IX), vuoi più direttamente al XIV emendamento<sup>69</sup>. Fin dalla sua emanazione, la pronuncia diventa un terreno di scontro non solo tra abortisti e anti-abortisti, *liberal* e *conservative*, ma anche tra chi aveva sostenuto la decisione

<sup>64</sup> U.S. S.Ct., *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge et al.*, 594 U.S. (2021), con opinione dissenziente di Roberts, alla quale hanno aderito Breyer e Kagan, di Breyer, alla quale hanno aderito Sotomayor e Kagan, e di Sotomayor, alla quale hanno aderito Breyer e Kagan.

<sup>65</sup> U.S. S.Ct., *Whole Woman's Health et al. v. Jackson, District Court of Texas et al.*, 595 U.S. (2021), con opinioni in parte concorrenti e in parte dissenzienti, per ragioni diverse, di Thomas, di Roberts e di Sotomayor. Alla seconda hanno aderito Breyer, Sotomayor e Kagan; alla terza hanno aderito Breyer e Kagan.

<sup>66</sup> Tra i principali v. ora C. SANGER, *About Abortion*, cit., 24 ss. In prospettiva comparativa e da diverse angolature, v. R. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD - A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1057 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., *passim*; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, Giappichelli, 2018. Per una prima, ma ancora efficace ricostruzione della giurisprudenza, v. la parte su contraccezione e aborto nel classico A. BALDASSARRE, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974; v. altresì V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>67</sup> U.S. S.Ct., *Griswold*, cit.; il quadro completo va apprezzato leggendo anche le opinioni concorrenti.

<sup>68</sup> U.S. S.Ct., *Poe v. Ullmann*, 367 U.S. (1961), Harlan *dissenting*.

<sup>69</sup> U.S. S.Ct., *Roe v. Wade*, cit.

della Corte e chi ne aveva contestato l'argomentazione e la dettagliata soluzione per trimestri, che aveva delineato maglie piuttosto larghe per l'effettuazione di un aborto prima della *viability* (il momento in cui il feto è in grado di sopravvivere, attraverso apparecchiature mediche, al di fuori del grembo materno). Già allora era stata notata una tendenza permissiva nella legislazione di diversi stati membri della federazione, una tendenza che si sarebbe probabilmente estesa anche ad altri stati in maniera più graduale senza l'intervento repentino e uniformizzante della Corte Suprema federale<sup>70</sup>.

Nel 1992, quando alcuni avvicendamenti all'interno della Corte erano sembrati preludere a un *overruling* di *Roe*, questa decisione è stata riaffermata ma anche riplasmata in *Casey*. Qui la Corte ha insistito non tanto sul *right to privacy* quanto piuttosto su un principio di autonomia ricavato dalla *due process clause* e letto in maniera espansiva: in un famoso passaggio della decisione, è stato affermato che «al cuore della libertà c'è il diritto di definire il proprio concetto dell'esistenza, del significato, dell'universo e del mistero della vita umana»<sup>71</sup>. In *Casey* è affiorato anche il principio di eguaglianza, che all'indomani di *Roe* era stato invocato quale parametro alternativo soprattutto da alcune giuriste, tra cui – da prospettive non coincidenti – Ruth Bader Ginsburg, Reva Siegel e Catherine MacKinnon: la prima è stata più vicina al femminismo liberale, la terza è un'esponente del femminismo radicale, la seconda può essere collocata in una posizione intermedia fra le due. Richiamarsi al principio di eguaglianza implicava, da una parte, far uscire la questione dell'aborto da una sfera prevalentemente privata e, dall'altra, mostrarne il diverso impatto sulla vita delle donne e degli uomini, in termini di discriminazione e/o di subordinazione: in una prospettiva liberale, il principio di eguaglianza è evocato come fattore di non-discriminazione, in una radicale, come veicolo di non-subordinazione e di riequilibrio anche economico-sociale<sup>72</sup>. In *Casey*, tale principio è apparso rilevante alla luce del nesso interno tra la capacità delle donne di controllare la propria vita riproduttiva e quella di «partecipare in maniera eguale alla vita economica e sociale della nazione»<sup>73</sup>. E, tuttavia, anche l'assunzione del principio di eguaglianza come principale parametro può generare alcuni problemi, se esso non incarna una misura di mediazione tra *standard* maschili e femminili ma considera l'uomo come principale riferimento: è emblematico, a tale proposito, il caso della gravidanza della lavoratrice, laddove la gravidanza è stata assimilata alla malattia e non si è riconosciuta la specificità della differenza sessuale femminile e della gravidanza in particolare<sup>74</sup>.

Ancora, in *Casey* ha svolto un ruolo di primo piano anche il principio di dignità, inteso in senso soggettivo come sinonimo di autonomia e libertà di scelta, e declinato altresì come *equal dignity*<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> R.B. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *N.C.L. Rev.*, 1985, 379-380.

<sup>71</sup> U.S. S.Ct., *Casey*, cit., 851.

<sup>72</sup> R.B. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality*, cit., 375 ss.; R. SIEGEL, *Reasoning from the Body. A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stan. L. Rev.*, 1992, 262 ss.; C. MACKINNON, *Privacy v. Equality. Beyond Roe v. Wade* (1983), in EAD., *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1987, 93 ss.

<sup>73</sup> U.S. S.Ct., *Casey*, cit., 856.

<sup>74</sup> Cfr. N. RIMALT, *Against Roe Exceptionalism: Degendering Abortion*, in R. WEST - C. GRANT BOWMAN (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, cit., 273 ss. Sulla necessità che il principio di eguaglianza costituisca un parametro capace di inglobare tanto l'esperienza maschile quanto quella femminile, e sia orientato verso un'ampia misura di libertà per uomini e donne v. U. GERHARD, *Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht*, München, Beck, 1990, 13 ss.

<sup>75</sup> U.S. S.Ct., *Casey*, cit., 851; Stevens, *concurring*, 920; Blackmun, *concurring*.

Nelle sentenze successive il principio di dignità ha assunto una curvatura diversa: è stato visto in senso prevalentemente oggettivo, associato, cioè, da un lato alla vita prenatale che avrebbe dovuto essere rispettata, e dall'altro alla donna che, fragile e soggetta a patimenti, avrebbe dovuto essere protetta dalle proprie decisioni avventate. Quest'ultima, in particolare, è stata la posizione della maggioranza della Corte in *Gonzales v. Carhart*, fissata in un'*opinion* del giudice Kennedy<sup>76</sup>. Se peraltro si confrontano le diverse *opinions* di questo giudice in tema di dignità – ad esempio anche quelle in materia di diritti delle persone omosessuali<sup>77</sup> – si possono cogliere tutte le oscillazioni e le ambivalenze che connotano l'uso del concetto di dignità da parte della Corte.

Sul ricorso alla dignità da parte della giurisprudenza nel frattempo la bibliografia è cresciuta<sup>78</sup>: mi limito a ricordare che questo principio ha fatto ingresso relativamente tardi nella giurisprudenza costituzionale statunitense (salva qualche eccezione, soprattutto tra le opinioni dissenzienti in tema di pena di morte), perché è stato visto – nella sua accezione oggettiva – come potenziale veicolo di una morale maggioritaria da imporre alle minoranze, con ricadute negative per il pluralismo<sup>79</sup>. Il fatto che lo si sia impiegato, per alcuni anni, anche nella giurisprudenza in materia di aborto, ha probabilmente avuto il fine di trasportare all'interno del principio stesso, visto come un contenitore di posizioni giuridiche diverse, un conflitto che ha radici profonde a livello sociale e politico, in questo modo temperandolo parzialmente<sup>80</sup>. Ora, è vero che il principio di dignità può dare al tema una dimensione universalistica – in maniera simile a quanto avvenuto per la giurisprudenza sui diritti delle persone omosessuali –, quella dimensione che il principio di eguaglianza, scontrandosi più immediatamente con la differenza sessuale, più difficilmente può apportargli<sup>81</sup>. E, tuttavia, la curvatura paternalistica che assume il principio nel suo significato oggettivo ha indotto ad utilizzarlo con una certa cautela.

Questi scontri tra principi, che evidenziano le implicazioni morali della questione, sono assenti nelle decisioni degli ultimi anni, almeno fino a *Dobbs*. Ciò non significa che sia venuta meno la loro valenza morale, ma che si è cercato di renderla meno visibile, sdrammatizzando le asprezze del conflitto. In altri termini, tra gli argomenti normalmente utilizzati dai giudici nelle motivazioni<sup>82</sup>, quello che ruota intorno ai *principles* è stato, per un certo periodo, ridimensionato con nettezza in favore di altre linee di ragionamento, segnatamente quelle focalizzate intorno a *consequences* e *precedent*, mentre gli argomenti di *text*, *history* e *structure*, già presenti nelle opinioni dissenzienti di *June Medical Services*, sono stati centrali in *Dobbs*.

L'argomento consequenzialista è per certi versi imposto dal *test* dell'*undue burden*: per valutare se una certa legge costituisca un "onere eccessivo" per le donne che hanno deciso di abortire,

<sup>76</sup> U.S. S.Ct., *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

<sup>77</sup> V. *infra*, n. 102.

<sup>78</sup> Tra i molti v. J.R. MAY - E. DALY, *Advanced Introduction to Human Dignity and Law*, Elgar, Cheltenham Northampton, 2020; A. BARACK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

<sup>79</sup> Per tutti v. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 101.

<sup>80</sup> Sulle ambivalenze del ricorso alla dignità in materia di aborto v. R. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection. Abortion Restrictions under Casey/Carhart*, in *Yale L.J.*, 2008, 1706 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 41 ss., 159 ss.

<sup>81</sup> S. NICCOLAI, *Aborto*, cit., 115 ss. V. anche N. RIMALT, *Against Roe Exceptionalism*, cit., *passim*, che però conclude per un altro argomento universalizzante: la libertà e l'integrità del corpo (ivi, 282).

<sup>82</sup> Su cui v. almeno P. BOBBITT, *Constitutional Fate. Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982; S. BREYER, *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Knopf, 2005.

bisogna capire quali sono le sue conseguenze sul piano pratico e come queste impattino sull'autodeterminazione della donna. Ciò, a sua volta, richiede un'accurata analisi del piano fattuale<sup>83</sup>. In *June Medical Services*, un caso che presentava questioni molto simili a quelle di *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, i giudici si sono posti domande come: quali sono i presupposti per ricevere gli *admitting privileges*? La procedura per ottenerli svantaggia di fatto i medici che praticano l'aborto al di fuori delle strutture ospedaliere? Dato che questi ultimi sono la maggioranza, la loro impossibilità ad operare ricade negativamente sui pochi altri medici che possono invece ottenere quei privilegi? La scarsità di medici che praticano l'aborto si ripercuote, per le donne, sui tempi di attesa e sulle distanze da percorrere per sottoporsi a un intervento di interruzione di gravidanza? La frapposizione di ostacoli, con un effetto moltiplicatore sulle procedure abortive, impedisce l'esercizio del diritto di abortire? Infine, tali conseguenze costituiscono per la donna un peso eccessivo, specie se non sono bilanciate da qualche beneficio per la salute che la legge possa recare loro?

Così formulate, le domande sono evidentemente retoriche: i fatti, come accertati dai giudici distrettuali e verificati dalla Corte Suprema, dicono proprio questo. L'argomento consequenzialista si basa su una ricostruzione fattuale il più possibile oggettiva e accurata, e tende ad assumere così un carattere di apparente neutralità e imparzialità. Una totale oggettività e imparzialità, tuttavia, non può darsi, come provano la decisione in senso inverso della Corte di appello e le opinioni dissenzienti. Credo tuttavia che in questo caso si possa affermare che la lettura dei dati offerta da Breyer, così come quella di Sotomayor nella *dissenting opinion* in *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, corrispondano al senso comune di una buona parte della società americana, e soprattutto delle donne che hanno fatto affidamento su *Roe*, nei cinquanta anni successivi a tale pronuncia<sup>84</sup>.

Il secondo argomento chiave è relativo al precedente<sup>85</sup>: questo, a ben vedere, ha affiancato l'argomento dei principi e dei valori per molti anni – almeno fino a *Gonzalez v. Carhart* –, ma nell'ultimo periodo è diventato preponderante. Anche l'argomento del precedente, come quello che ruota intorno a fatti e conseguenze, cerca di mantenere una maggiore imparzialità e astrattezza<sup>86</sup>, senza affrontare direttamente il conflitto morale, per come questo si riflette normalmente nell'interpretazione di diritti e principi costituzionali. In realtà, come si è visto, il tema della portata di *Roe* e di un suo possibile *overruling* si è posto già nei primissimi anni dopo la sua emanazione: esso è stato articolato nelle opinioni dei giudici e aspramente dibattuto nello spazio pubblico, il che ha fatto sì che *Roe* non divenisse un *superprecedent*. Nelle audizioni al Senato degli aspiranti giudici costituzionali la domanda sulla sorte di *Roe* era d'obbligo, mentre può dirsi che il dibattito sullo *stare decisis* all'interno della Corte – decisamente più insistente negli ultimi anni – si sia svolto all'ombra della questione dell'aborto. In altre parole, sembra che anche dove si è discusso della portata del precedente in altri ambiti (dall'organizzazione sindacale alla doppia

<sup>83</sup> V. *supra*, n. 31.

<sup>84</sup> Cfr. *infra*, n. 130.

<sup>85</sup> Sulla portata dello *stare decisis* presso la Corte Suprema, comunque più elastica in tema di *constitutional adjudication*, rimando a U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988, 282 ss. e A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017, 86 ss.

<sup>86</sup> M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, in *Harv. L. Rev.*, 2020, 350.

incriminazione, dall'unanimità nelle giurie all'immunità degli stati, fino ai poteri normativi e interpretativi delle amministrazioni indipendenti<sup>87</sup>), lo si è fatto pur sempre con uno sguardo alle implicazioni in materia di aborto<sup>88</sup>.

Si è osservato come la *concurring opinion* di Roberts in *June Medical Services* ruotasse intorno al rispetto dello *stare decisis* e come la questione sia stata ampiamente ripresa nelle opinioni dissenzienti. Questa *opinion* di Roberts non è stata tuttavia priva di ambivalenze: da un lato essa ha affermato la necessità di rispettare il precedente, dall'altro ha individuato come caso di riferimento non tanto il più recente e nei fatti pressoché identico *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, quanto piuttosto *Casey*. Il *Chief Justice* ha ricordato come *Casey* avesse sottolineato l'importanza dell'interesse statale a legiferare per proteggere la vita nascente, oltre che la salute della donna incinta, e come l'*undue burden* facesse riferimento ad ostacoli di tipo sostanziale (e solo a questi) sul cammino della donna intenzionata ad abortire, ritenendo legittima una legge che presentasse un collegamento razionale con gli interessi statali a tutela del feto. Diversamente, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* aveva richiesto la considerazione, accanto agli ostacoli, anche dei benefici che la legge avrebbe potuto apportare, il che avrebbe trasformato l'*undue burden* in un grande bilanciamento, difficile da controllare e dagli esiti incerti<sup>89</sup>. Si può quindi affermare che, nonostante Roberts avesse appoggiato la *plurality opinion* sulla base dello *stare decisis*, in realtà avesse offerto una lettura riduttiva del precedente più immediatamente rilevante (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*), per ribadire invece il principio di diritto contenuto in *Casey*<sup>90</sup>.

Sempre incentrata sullo *stare decisis*, ma su posizioni molto più nette, è stata la *dissenting opinion* di Thomas. Questa va inserita in un dibattito, invero non nuovissimo, sul rapporto tra originalismo e *stare decisis*<sup>91</sup>. Se, infatti, per gli originalisti il significato della costituzione è quello dell'epoca in cui fu approvata, è ad esso che bisogna guardare e non ai precedenti che le corti hanno deciso nel corso del tempo. La questione è complessa, e anche tra gli originalisti vi sono posizioni diverse: poiché alcuni precedenti sono collegati a mutamenti epocali della costituzione americana, disconoscerli avrebbe l'effetto di stravolgere quest'ultima e provocare caos e disordine nell'ordinamento giuridico. Gli originalisti più estremi sostengono, anche per questi casi, un ripudio del precedente. Altri, che si definiscono originalisti non intransigenti (*faint-hearted*), considerano lo *stare decisis* «un'eccezione pragmatica» all'originalismo, e accettano dunque – proprio per evitare sconvolgimenti nel sistema – i precedenti largamente condivisi. A questo secondo gruppo di giuristi hanno dichiarato di appartenere sia Scalia che Coney Barrett<sup>92</sup>. Tra i

<sup>87</sup> Cfr. rispettivamente U.S. S.Ct., *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. (2018); *Gamble v. United States*, 587 U.S. (2019); *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020), *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*, 587 U.S. (2019); *American Hospital Association v. Becerra*, 596 U.S. (2022). In *Janus*, *Ramos* e *Hyatt* ci sono stati *overrulings*.

<sup>88</sup> Il problema è ampiamente esplorato da M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, cit., *passim*.

<sup>89</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Roberts *concurring*, 4 ss. Sul legame di questa posizione presenta con la critica di Scalia ai bilanciamenti v. *supra*, n. 41.

<sup>90</sup> M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, cit., 322 ss.; S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo*, cit., 266 ss.; L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente?*, cit., 4462 ss.

<sup>91</sup> Sul punto v. N. CEZZI, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3-2020. Cfr. altresì A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., 130 ss.

<sup>92</sup> Cfr. A. SCALIA, *Originalism. The Lesser Evil*, in *Cincinnati L. Rev.*, 1989, 862-864; A. CONEY BARRETT, *Originalism and Stare Decisis*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2017, 1921-1922, 1937, 1942.



precedenti che godono di ampia accettazione – tanto da farne, per alcuni, dei *superprecedents* – vi sono certamente *Marbury v. Madison* e *Brown v. Board of Education*, ma non *Roe*.

La strategia adottata per molto tempo dai contestatori di *Roe* è stata quella di eroderne gradualmente la portata: già *Casey*, che pure presenta degli aspetti positivi con riguardo all'individuazione dei principi coinvolti, di autonomia ed eguaglianza, può essere letto in questo senso. I giudici ascritti all'ala conservatrice della Corte – in linea con la tendenza già richiamata, affermatasi all'interno di determinate organizzazioni religiose e del partito repubblicano – hanno contenuto, limitato e svuotato progressivamente la portata di *Roe*. Molti *dissents* hanno del resto articolato un attacco frontale a questa decisione e alla giurisprudenza sul *due process* sostanziale, anche facendo ricorso ad argomenti di tipo originalista e testualista. Che ci siano precisi orientamenti ideologici intorno a questa giurisprudenza non sorprende, vista l'abilità con cui la *federalist society* è riuscita a farsi ascoltare dai presidenti repubblicani al fine di ottenere la nomina di giudici federali vicini alle proprie posizioni<sup>93</sup>. Contestualmente, come si è visto, i legislatori di maggioranze repubblicane hanno approvato misure che hanno reso di fatto molto difficile, talora quasi impossibile, l'esercizio del diritto di aborto.

L'opinione dissenziente di Thomas in *June Medical Services* è del tutto coerente con questo quadro: l'originalista attualmente sulle posizioni più estreme all'interno della Corte ha applicato in *June* quanto aveva teorizzato nell'opinione concorrente in *Gamble*<sup>94</sup>. Secondo il punto di vista di Thomas, alcuni precedenti, scorretti da un punto di vista interpretativo, possono essere accantonati e non sono vincolanti: è il caso di quelli relativi allo *standing* di terze parti che agiscono facendo valere il «presunto» diritto delle donne ad abortire. Altri precedenti, invece, sono apertamente sbagliati e devono essere superati il prima possibile: è il caso di *Roe* e della sua «progenie». Se il precedente contrasta con il testo della costituzione, il secondo deve prevalere: per Thomas, il testo della costituzione è incompatibile con il *due process* sostanziale, in particolare con il diritto delle donne a interrompere la gravidanza<sup>95</sup>.

### 3. *Concludendo con Dobbs*

La sentenza *Dobbs* costituisce il prevedibile epilogo del percorso che si è fin qui delineato: essa ha ad oggetto la legge del Mississippi più sopra ricordata, che vieta l'aborto dopo la quindicesima settimana, salvo nei casi di emergenza medica o di grave malformazione fetale. La normativa è stata ritenuta dalla Corte Suprema non incostituzionale, nella misura in cui è stato disconosciuto a monte (*dis-incorporated*) il diritto costituzionale federale ad abortire, con un doppio *overruling* di *Roe* e *Casey*. Dopo una rivelazione non autorizzata alla stampa del *draft* dell'opinione di maggioranza, all'inizio dello scorso maggio<sup>96</sup> – probabilmente per impedire al *Chief Justice* di far convergere un giudice della maggioranza sulla propria *opinion* –, alla fine di giugno la Corte ha

<sup>93</sup> Cfr., tra gli altri, B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, New York, Simon & Schuster, 2014, 84 ss.

<sup>94</sup> U.S. S.Ct., *Gamble v. United States*, cit., Thomas *concurring*, 1 ss.

<sup>95</sup> U.S. S.Ct., *June Medical Services*, cit., Thomas *dissenting*, cit.

<sup>96</sup> J. GERSTEIN - A. WARD, *Supreme Court Has Voted to Overturn Abortion Rights, Draft Opinion Shows*, in *politico.com*, 3 maggio 2022; tra gli altri v. C. BOLOGNA, *Aborto e originalismo nei diritti*, in *rivistailmulino.it* (23 maggio 2022).

emanato l'intera sentenza. La *majority opinion*, redatta dal giudice Alito, non si è sostanzialmente discostata dal *draft* già pubblicato, che è stato integrato con le risposte ad alcuni interrogativi sollevati dalle opinioni separate. Ad essa hanno aderito i giudici Gorsuch, Kavanaugh, Thomas e Coney Barrett (tra questi, i primi tre hanno scritto ciascuno un'opinione concorrente); anche il Presidente Roberts ha redatto un'opinione concorrente, prendendo tuttavia le distanze dall'argomentazione della maggioranza. Gli altri tre giudici, Breyer, Kagan e Sotomayor, hanno scritto un'opinione dissenziente congiunta.

La motivazione di Alito si regge principalmente su due argomenti: quello relativo al precedente che, come si è visto sopra, era stato ben arato nella giurisprudenza degli anni più recenti, e quello relativo al fondamento del diritto di aborto, che è tornato dopo diverso tempo a toccare l'interpretazione dei principi costituzionali.

È questo profilo ad essere affrontato per primo: la questione centrale riguarda l'interpretazione della *substantive due process clause*, relativa cioè all'incorporazione di diritti costituzionali non enumerati, invocabili contro gli stati. Rispetto a tale clausola si sono alternati nella giurisprudenza della Corte due orientamenti: il primo è più sensibile al canone di *text and history* (o *text and tradition*), l'altro fa leva sul principio di autonomia individuale<sup>97</sup>. L'*opinion* di maggioranza si appoggia solo sul primo di questi filoni: rifacendosi ad alcuni precedenti importanti, la Corte rileva come possano essere riconosciuti diritti non enumerati solo se essi trovino un riscontro nella storia e nella tradizione nazionale e siano espressione di quella "libertà ordinata" intessuta nelle maglie della costituzione statunitense<sup>98</sup>. Il precedente dirimente a questi fini – più che alcuni casi recenti in cui sono stati incorporati diritti già previsti in altri emendamenti<sup>99</sup> – è *Washington v. Glucksberg* del 1997, con cui la Corte aveva negato l'esistenza di un diritto costituzionale al suicidio assistito<sup>100</sup>. Com'è stato notato, però, la Corte da un lato ha irrigidito i criteri propri di questa linea giurisprudenziale, richiedendo congiuntamente e non alternativamente il doppio requisito del «profond[o] radica[mento] nella tradizione e nella storia [della] nazione» e «l'essere implicito nel concetto di *ordered liberty*», nonché ridimensionando il riferimento ai «principi di libertà e giustizia», che pure era presente nelle pronunce chiave sulla *incorporation*<sup>101</sup>. Dall'altro ha ignorato una serie giurisprudenziale recente, relativa soprattutto ai diritti delle persone omosessuali<sup>102</sup>, che invece è stata costruita intorno al principio di autonomia, lungo la traiettoria di *Roe* e *Casey* e di altre decisioni analoghe in tema di contraccezione<sup>103</sup>, matrimonio<sup>104</sup>, educazione dei figli<sup>105</sup> etc.<sup>106</sup>.

<sup>97</sup> Per una ricostruzione v., per tutti, A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella costituzione americana*, in *Riv. diritti comparati*, 2019, al quale rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>98</sup> U.S. S.Ct., *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. (1937); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. (1934).

<sup>99</sup> U.S. S.Ct., *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019), sulla clausola delle ammende eccessive di cui all'VIII emendamento; *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), sul diritto a portare le armi di cui al II emendamento.

<sup>100</sup> U.S. S.Ct., *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>101</sup> J. BLASS, *Rewriting the Rule for Rights*, in *balkin.blogspot.com*, 8 giugno 2022; ID., *The Rule for Rights Rewritten*, ivi (25 giugno 2022). Cfr. anche U.S. S.Ct., *Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. (1926).

<sup>102</sup> U.S. S.Ct., *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>103</sup> U.S. S.Ct., *Griswold*, cit.; *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

<sup>104</sup> U.S. S.Ct., *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967).

<sup>105</sup> U.S. S. Ct., *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

<sup>106</sup> Per alcuni rilievi critici in questo senso v J. BALKIN, *More on Text, History and Tradition – Discussion Questions for Dobbs, Part One*, in *balkin.blogspot.com*, 8 luglio 2022; C. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, in *ssrn.com*, 25 giugno 2022, 4 ss.; R. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs's Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *ssrn.com* (8 agosto 2022), 47 ss., *forthcoming* in *Texas L. Rev.* 2023; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e*

È stato detto che questo approccio rientra in una prospettiva *doctrinal* (perché investe direttamente i criteri dogmatici elaborati dalla Corte Suprema sull'interpretazione della *due process clause*), e in particolare in quella del *due process traditionalism*<sup>107</sup>, più che in un approccio strettamente originalista, dal momento che l'opinione di maggioranza non si impegna in un'indagine sul significato originario del XIV emendamento. E, tuttavia, nella motivazione possono cogliersi elementi di originalismo<sup>108</sup>, laddove viene mostrato come, ai tempi dell'approvazione e ratifica del XIV emendamento, non vi fosse alcuna percezione condivisa che questo potesse contenere anche un diritto di aborto. Anzi, i giudici dimostrano facilmente che negli stati e nei territori statunitensi l'aborto era allora considerato un reato<sup>109</sup>. Aggiungono inoltre, risalendo a scritti di giuristi del XIII secolo, che nella tradizione di *common law* l'aborto era ritenuto penalmente sanzionabile. Su questo aspetto, tuttavia, i dati sono più controversi, dal momento che la rilevanza penale dell'aborto veniva raggiunta solo a partire dal *quickening*, cioè dal momento in cui si avvertiva il movimento del feto<sup>110</sup>. Più precisamente, quello che ispira la pronuncia sarebbe un *living originalism* dove l'elemento "vivente" va rinvenuto nel nesso tra il canone argomentativo e un movimento politico-ideologico contemporaneo, quello dei gruppi conservatori antiabortisti, che ha efficacemente influenzato le nomine presidenziali dei giudici federali<sup>111</sup>.

Ma far ruotare buona parte della motivazione su un argomento tradizionalista od originalista, con riferimento all'aborto, è quanto meno paradossale: è ovvio, come fanno notare i giudici dissenzienti<sup>112</sup> e come aveva rilevato, tra le altre, la storica Jill Lepore<sup>113</sup>, che negli anni sessanta dell'Ottocento non vi fosse una sensibilità collettiva per i diritti della sfera riproduttiva, tanto meno se in capo alle donne, le quali non erano considerate parte della comunità politica e non godevano del diritto di voto. È appunto nel corso degli anni sessanta e settanta, con il femminismo di seconda ondata e il conflitto intorno all'idea secondo cui "il personale è politico", che la soggettività femminile in ambito riproduttivo è stata diffusamente riconosciuta. Sono state la maggiore attenzione per l'esperienza delle donne e l'ampliamento della partecipazione democratica che hanno reso questo passaggio storico costituzionalmente rilevante per l'interpretazione del XIV emendamento, così come effettuata da *Roe*, e che avrebbero richiesto il

---

*mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione della gravidanza*, in *diritticomparati.it*, 14 luglio 2022; C. DE SANTIS, "Abortion is Inherently Different": la Corte Suprema USA sancisce l'overruling di *Roe e Casey*, *ivi*, 12 luglio 2022.

<sup>107</sup> Sul carattere *doctrinal* e non strettamente originalista dell'argomentazione di maggioranza v. J. BALKIN, *More on Text, History and Tradition*, cit., par. 3; sul *due process traditionalism*, in un'accezione burkeiana e thayeriana, v. C. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, cit., *passim*.

<sup>108</sup> Per una ricostruzione del dibattito, fin dalla rivelazione della bozza di *opinion* di maggioranza, v. R. SIEGEL, *Memory Games*, cit. L'approccio originalista è impiegato anche nella contestuale decisione sul diritto a portare le armi in uno spazio pubblico, U.S. S.Ct. *New York State Rifle and Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S.\_(2022). Per una discussione italiana su questo argomento v., da angolature differenti e con una sottolineatura della diversità del contesto e del testo costituzionale italiano, i contributi di C. CARUSO, L. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D'AMICO, C. BOLOGNA, C. VALENTINI, F. PEDRINI, G. RAZZANO su *associazionedeicostituzionalisti.it* (Lettera 07/2022).

<sup>109</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 23 ss., e appendici alla decisione.

<sup>110</sup> *Ivi*, 16 ss.; per una confutazione v. *ivi*, Breyer, Kagan, Sotomayor *dissenting*, 13 ss.

<sup>111</sup> R. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 37 ss. Sul *living originalism* il principale riferimento è J. BALKIN, *Living Originalism*, Harvard, Harvard University Press, 2014.

<sup>112</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Breyer, Kagan, Sotomayor *dissenting*, 14 ss.

<sup>113</sup> J. LEPORE, *Of Course the Constitution Has Nothing to Say about Abortion*, in *nyorker.com* (4 maggio 2022), ma il punto è ampiamente condiviso tra i critici della sentenza.

rispetto di questo precedente<sup>114</sup>. L'esito del ragionamento non cambia se si punta l'attenzione sulla tradizione, che può essere posta a fondamento della normatività qualora abbia autorità morale, ma non laddove sia percepita come moralmente ingiusta o disumana<sup>115</sup>.

In realtà, la questione del rapporto di *Dobbs* con i precedenti che valorizzano il principio di autonomia nel *substantive due process* è affrontata dalla Corte sotto una diversa angolatura: quella relativa al potenziale impatto di *Dobbs* su di essi. Ci si chiede, cioè, se l'eliminazione del diritto costituzionale ad abortire potrà avere effetti analoghi su altri diritti associati alla medesima linea giurisprudenziale di *Roe* e *Casey*, da quelli relativi alla contraccezione (*Griswold* e *Eisenstadt*) a quelli relativi alle persone omosessuali (*Lawrence* e *Obergefell*). A questo proposito, l'opinione più estrema è formulata da Thomas che, ribadendo tesi già espresse in precedenza, si dice contrario alle pronunce che hanno ricavato diritti a partire da una concezione sostanzialistica del *due process*, auspicandone l'*overruling*<sup>116</sup>. Una lettura simile, ma rovesciata, è quella del *dissent*, dove si contesta la visione selettiva dell'opinione di maggioranza e, rimarcandosi l'unità e la coerenza della serie di sentenze che si regge sul principio di autonomia, viene avanzata la preoccupazione che l'*overruling* possa in futuro colpirne altre<sup>117</sup>. La maggioranza, per parte sua, cerca di ridimensionare queste preoccupazioni, evidenziando una specificità dei casi in materia di aborto e indicando la via per un futuro *distinguishing*: il diritto della donna di abortire implica, secondo le crude parole dei giudici, la «distruzione di una 'vita potenziale'». La presenza di un'altra, possibile vita umana, giustificerebbe dunque il trattamento particolare e più severo riservato a *Roe* e a *Casey*<sup>118</sup>.

Gli altri principi, che pure in passato venivano richiamati nella giurisprudenza sull'aborto e negli scritti della dottrina, restano qui piuttosto sullo sfondo<sup>119</sup>. È così per il principio di dignità, che nel suo doppio significato, oggettivo e soggettivo, fa capolino rispettivamente nelle opinioni concorrenti e dissenzienti<sup>120</sup>, e anche per quello di eguaglianza. Quest'ultimo è considerato brevemente dalla *opinion* di maggioranza, laddove esclude che le leggi in materia di aborto costituiscano una classificazione basata sul sesso e siano dunque soggette a uno *standard* di scrutinio più stretto<sup>121</sup>. I giudici dissenzienti riprendono invece il ragionamento, già sviluppato in *Casey*, sul nesso tra diritto ad abortire e partecipazione, per la donna, in termini egualitari alla vita sociale, economica e politica del paese; più in generale, i concetti di *liberty* ed *equality* sono interpretati dai *dissenters* come un binomio<sup>122</sup>. I giudici dissenzienti sviluppano inoltre il tema, già presente in *opinions* precedenti, relativo all'impatto particolarmente svantaggioso della decisione per alcune categorie di donne: quelle nere e quelle appartenenti alle minoranze razziali e alle fasce

<sup>114</sup> C. BARZUN, *Dobbs and the Relevance of Experience*, in *balkin.blogspot.com* (1 luglio 2022). Sul "personale è politico" v. *supra*, n. 1.

<sup>115</sup> J. BALKIN, *More on Text, History and Tradition*, cit., par. 2.

<sup>116</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Thomas *dissenting*, 1 ss.

<sup>117</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Breyer, Kagan, Sotomayor *dissenting*, 25 ss. Tra i primi commentatori v. J. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights – Discussion Questions for Dobbs, Part Three*, in *balkin.blogspot.com* (11 luglio 2022), par. 12 e *supra*, n. 106.

<sup>118</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 5, 32, 38.

<sup>119</sup> Lascio da parte la tesi, pure autorevolmente sostenuta, dell'applicabilità all'aborto del XIII emendamento, sul divieto di schiavitù e servitù involontaria: cfr. A. KOPPELMAN, *Forced Labor, Revisited: The Thirteenth Amendment and Abortion*, in *Northwestern Univ. School of Law Public Law and Legal Theory Series* 10-08, in *ssrn.com*; S. LEVINSON, *Fishkin on Dissent: The Transcendent Importance of the Thirteenth Amendment*, in *balkin.blogspot.com*, 13 maggio 2022.

<sup>120</sup> Cfr. U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Kavanaugh *concurring*, 1-2; ivi, Roberts *concurring*, 4; Breyer, Sotomayor, Kagan *dissenting*, 40, 52.

<sup>121</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 10-11.

<sup>122</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Breyer, Kagan, Sotomayor *dissenting*, 5-6, 12, 16 ss., 23 s., 31, 36, 47 s., 52, 54.

sociali più marginali<sup>123</sup>. Vale la pena ricordare, peraltro, che il principio di eguaglianza – se impiegato non da solo ma accanto a quello di autonomia – avrebbe offerto un puntello contro un appiattimento testualista e tradizionalista dell’interpretazione del XIV emendamento, facendo leva su un movimento progressivo di inclusione nella cittadinanza di gruppi che prima (secondo una tradizione che si è poi superata perché ritenuta ingiusta) erano stati esclusi, tra cui appunto le donne<sup>124</sup>.

Il secondo blocco della motivazione è incentrato sull’argomento del precedente: riprendendo alcuni criteri che erano stati individuati in *Janus* e nell’opinione concorrente di Kavanaugh in *Ramos*, i giudici di maggioranza giustificano l’*overruling* di *Roe* e *Casey*, precedenti che erano stati in buona parte riconfermati in *June Medical Services* solo due anni prima. L’*opinion* di Alito sviluppa in maniera articolata le seguenti affermazioni: *Roe* è un precedente sbagliato fin dall’inizio e la natura dell’errore che contiene è molto grave; la sua motivazione è debole; le conseguenze applicative, sue e di *Casey*, sono state confuse e non hanno condotto a una definizione soddisfacente della disputa sull’aborto, che invece è rimasta fortemente controversa nel paese; la giurisprudenza sull’aborto ha avuto ricadute negative, in termini di incertezza degli *standard* utilizzati, anche su altre aree del diritto; non vi sono aspettative da salvaguardare che giustifichino il rispetto del precedente<sup>125</sup>. Essendo trascorsi pochi anni dalle conferme giurisprudenziali di *Roe* e *Casey*, i giudici non possono basarsi su un mutamento degli elementi di fatto e di diritto tali da giustificare un *overruling*, e puntano sulla tesi dell’erroneità del precedente fin dal primo momento, associando *Roe* a sentenze come *Plessey* e *Lochner*, che nel costituzionalismo statunitense vengono considerate degli anticanoni<sup>126</sup>. A queste aggiungono *Gobitis*, probabilmente perché oggetto di *overruling* a distanza di soli tre anni, in *West Virginia Board of Education v. Barnette*. Come si è ricordato, la motivazione di *Roe* presenta invero dei punti deboli, che tuttavia sono stati corretti e in parte superati dall’*undue burden test* di *Casey*. È però eccessivo sostenere che si tratta di un caso *egregiously wrong from the start*<sup>127</sup>, specie se si afferma che l’unico metodo interpretativo adeguato è un tradizionalismo proiettato sulla seconda metà dell’Ottocento. Anche il modo in cui la Corte si sbarazza di *Casey* non convince, perché spinge a fare a meno di ogni giudizio di bilanciamento: com’è noto, si tratta di operazioni che possono presentare degli aspetti problematici e un tasso di discrezionalità da parte del giudice<sup>128</sup>, ma nelle democrazie pluraliste sono inevitabili e, tutto sommato, con le integrazioni apportate da *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* la Corte aveva raggiunto una soluzione equilibrata per il contesto statunitense. Ancora, non sono particolarmente convincenti i passaggi in cui si nega che *Roe* e *Casey* abbiano ingenerato aspettative da salvaguardare. Aspettative reali sarebbero per i giudici di maggioranza solo quelle concrete e definite, secondo un modello che fa capo al diritto di proprietà e dei contratti, mentre le posizioni soggettive che figurano in capo alle donne sarebbero poco tangibili, troppo astratte

<sup>123</sup> Ivi, 38 ss.

<sup>124</sup> J. BALKIN, *Is the Constitution Neutral to Abortion? Discussion Questions for Dobbs, Part Two*, in *balkin.blogspot.com*, 10 luglio 2022, par 9. V. anche J. FISHKIN, *Dissents I Would Like to Read in Dobbs*, cit., par. 3.

<sup>125</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 43 ss.

<sup>126</sup> J. GREENE, *The Anticanon*, in *Harr. L. Rev.*, 2011, 380 ss.

<sup>127</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 6, 44.

<sup>128</sup> Cfr. per tutti T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L. J.*, 1987, 943 ss.

e congetturali per poter avanzare una pretesa di tutela giuridica tale da impedire un *overruling*<sup>129</sup>. Mi sembra che, su questo punto, sia più corretta l'analisi dei giudici dissenzienti, secondo i quali, nei cinquant'anni che sono intercorsi da *Roe* ad oggi, le donne americane hanno potuto fare affidamento sulla titolarità e sull'effettività (per quanto relativa) di un diritto di abortire nei momenti in cui hanno dovuto impostare la propria vita sessuale, familiare, ma anche educativa e lavorativa<sup>130</sup>.

Ora, si può discutere se la libertà delle donne presupponga necessariamente la titolarità di un diritto costituzionale ad abortire, legato a una disciplina relativamente permissiva, com'era quella delineata in *Roe*. Nei paesi europei, com'è noto, l'aborto non è normalmente oggetto di un diritto costituzionale (è oggetto di un diritto soggettivo se ricorrono determinati presupposti), mentre il contemperamento con principi e interessi confliggenti, a cominciare dalla dignità oggettiva e dall'interesse del feto a venire ad esistenza, è stato assicurato in maniera più calibrata dalla giurisprudenza costituzionale e dal legislatore. Dopo il terzo mese di gravidanza i limiti sono di regola più stringenti rispetto allo schema tracciato in *Roe*<sup>131</sup>. È ben pensabile che le donne americane, come quelle europee, possano regolare e decidere autonomamente sulla propria vita anche con leggi più simili a quelle europee, o che comunque possano sviluppare una riflessione sull'aborto che muova, in profondità, dal tipo di relazioni intrattenute con gli uomini e sul tipo di sessualità praticata (corrispondente al desiderio di chi?). Nella prima direzione muove l'opinione concorrente del Presidente Roberts, che in nome del principio dello *stare decisis* – e più in generale della legittimazione della Corte – salva il nucleo dell'*undue burden test* di *Casey*, mentre supera, anche alla luce di considerazioni mediche e tecnico-scientifiche, il legame tra la praticabilità dell'aborto e la fase antecedente alla *viability* del feto<sup>132</sup>. Si tratterebbe dunque, per Roberts, di definire i contorni di un diritto ad abortire tale da assicurare alla donna «una ragionevole opportunità di scegliere» (non, dunque, un diritto pieno di abortire fino alla *viability*) e di verificare di volta in volta, a seconda della legge in esame, se tale opportunità sia garantita<sup>133</sup>.

Allo stesso tempo, però, occorre tenere presente la cultura costituzionale americana, più liberale e individualistica di quella europea, dove una regolamentazione permissiva dell'aborto ha effettivamente accompagnato una certa idea dell'emancipazione femminile. Inoltre, è probabile che le conseguenze pratiche della decisione si faranno sentire soprattutto sulle donne più povere e marginalizzate, che non potranno viaggiare in altri stati per abortire o non potranno usufruire di prestazioni finanziarie né di aiuti sociali durante la gravidanza e la maternità<sup>134</sup>. Come si è osservato più in alto, questi rilievi rappresentano una variazione dell'argomento consequenzialista e di quello che rivolge particolare attenzione ai fatti e alle ricadute sociali delle pronunce della Corte, ed è particolarmente in sintonia con quella parte della cultura giuridica americana più vicina alla *sociological jurisprudence* e al realismo giuridico. Credo, in ogni caso, che la ragione più solida di

<sup>129</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 63 ss.

<sup>130</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Breyer, Kagan, Sotomayor *dissenting*, 46 ss. V. altresì J. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights*, cit., par. 10.

<sup>131</sup> Per una ricostruzione comparativa v. *supra*, n. 66. Il punto è stato rimarcato recentemente da N. ZANON, *La costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *associazione deicostituzionalisti.it* (Lettera 07/2022).

<sup>132</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Roberts *concurring*, 1 ss.

<sup>133</sup> *Ivi*, 1.

<sup>134</sup> *Supra*, nn. 57 ss., 123.

una confutazione dell'opinione di maggioranza debba far leva sul principio di autonomia della donna – anche letto in combinazione con il principio di eguaglianza – più che su un argomento che può amplificare, benché non intenzionalmente, la sua vittimizzazione.

Quali saranno gli effetti di *Dobbs*? La Corte ha de-incorporato un diritto costituzionale anche perché, come sostiene l'opinione concorrente di Kavanaugh, la costituzione federale sarebbe “neutrale” in materia di aborto<sup>135</sup>. Ne ha così lasciato la disciplina ai legislatori dei singoli stati, in nome del principio democratico. Si presume che le leggi statali saranno valutate piuttosto generosamente, dal momento che la Corte precisa che lo scrutinio da adottare è il *rational basis test*<sup>136</sup>. Si ritorna, dunque, alla situazione giuridica antecedente a *Roe*, anche se allora la tendenza prevalente era stata favorevole a una maggiore liberalizzazione dell'aborto, mentre oggi un numero crescente di stati, a guida repubblicana, ha approvato leggi restrittive. Alcune di queste, come quella texana sull'*heartbeat*, hanno di fatto svuotato il contenuto del diritto di abortire. I giudici di maggioranza hanno peraltro invitato le donne, qualora siano favorevoli a discipline sull'aborto più permissive, a partecipare attivamente alla vita politica statale, attraverso l'influenza sull'opinione pubblica, le attività di *lobbying*, il voto e la candidatura<sup>137</sup>. Anche qui, però, si sconta un'immagine falsata del rapporto tra donne e vita politica, non considerando che quest'ultima è dominata da rapporti di forza rispetto ai quali le donne comuni spesso si tengono lontane, oppure sono anch'esse portate ad assecondare le logiche di potere prevalenti, soprattutto in un paese dove un ruolo decisivo è giocato dalla disponibilità di ingenti somme di denaro durante le campagne elettorali o dall'appoggio di potenti organizzazioni come quelle religiose già ricordate<sup>138</sup>. Il che – al di là della problematicità di una concezione della politica che ruoti solo intorno a singole *issues* – non significa che le donne non facciano attività politica né che non partecipino alla vita della comunità, ma che il loro impegno politico si può dispiegare lungo canali e modalità partecipative diverse, più vicine a una democrazia di base<sup>139</sup>. Vi sono, inoltre, obiezioni più generali che riguardano la disfunzionalità dei procedimenti elettivi e legislativi nei parlamenti statali, sia a causa di un disinvoltato *gerrymandering*, che la Corte ha comunque affermato di non voler censurare<sup>140</sup>, sia a causa della possibile reviviscenza di vecchie norme, contenenti ampi reati contro l'aborto, senza che il legislatore – per inerzia o opportunità – sia intervenuto a rimuoverle o delimitarle<sup>141</sup>.

Una prima risposta istituzionale è per ora arrivata da un *executive order* del Presidente Biden, diretto al *Department of Health and Human Services*, in cui si rafforza l'accesso alla contraccezione, all'aborto farmacologico e alle terapie mediche di emergenza, si protegge la *privacy* delle pazienti e si sostiene l'attività giuridica volta alla difesa di donne, medici e strutture coinvolte nelle

<sup>135</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., Kavanaugh *concurring*, 2-5.

<sup>136</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 77 ss.

<sup>137</sup> U.S. S.Ct., *Dobbs*, cit., 65.

<sup>138</sup> Per una riflessione sulla prevalenza di canoni comportamentali e ideali maschili nella competizione politica statunitense v., tra le altre, P.A. MONOPOLI, *Women, Democracy, and the Nineteenth Amendment*, in *Boston U. L. Rev.*, 2020, 1728 ss.

<sup>139</sup> DIOTIMA, *Potere e politica non sono la stessa cosa*, Napoli, Liguori, 2009. Sulla complessa dialettica tra prassi politica femminista e istituzioni parlamentari v. B. HOLLAND-CUNZ, *Perspektiven der Ent-Institutionalisierung. Überlegungen zur feministischen Praxis*, in U. GERHARD *et al.* (hrsg.), *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, Frankfurt a.M., Helmer, 1990, 304 ss.; EAD., *Die alte neue Frauenfrage*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2003, 157 ss.

<sup>140</sup> U.S. S.Ct., *Rucho v. Common cause*, 588 U.S. (2019).

<sup>141</sup> D. LANDAU, R. DIXON, *Dobbs, Democracy and Dysfunction*, in *ssrn.com* (2022).

procedure abortive<sup>142</sup>. Si tratta di un intervento circoscritto, insufficiente da solo a porre rimedio alle forti difformità tra le discipline degli stati e alla drastica riduzione di effettività del diritto di aborto in molti di essi, che fanno presagire tristi e costosi viaggi da una giurisdizione all'altra per accedere al servizio<sup>143</sup>. D'altra parte, anche una legge federale sarebbe costituzionalmente problematica, sia perché – avendo la Corte negato che la scelta di abortire costituisca l'oggetto di un diritto costituzionale federale – mancherebbe il presupposto per l'adozione di una legge di attuazione ai sensi della *section V* del XIV emendamento, sia perché altre basi di competenza legislativa, come la *commerce clause* e lo *spending power*, appaiono piuttosto fragili. Sarebbe, inoltre, quantomeno controverso il perimetro di una *pre-emption* federale rispetto alle leggi statali che siano intervenute in materia di aborto<sup>144</sup>. La conflittualità sulla questione è destinata a restare molto elevata negli anni a venire, contrariamente alle convinzioni della maggioranza di *Dobbs*, secondo cui la riconduzione della disciplina dell'aborto nell'alveo della legge statale comporterà una maggiore certezza e stabilità dei rapporti giuridici rispetto alla situazione prodotta da *Roe* e *Casey*<sup>145</sup>. Ma così non potrà essere, finché l'aborto sarà non solo un oggetto da regolare giuridicamente ma un tema profondamente conteso, dal punto di vista morale e politico, nella cultura e nella società statunitensi.

## ABSTRACT

Il contributo affronta gli sviluppi costituzionali statunitensi in tema di aborto nell'ultimo triennio: valorizzando le prospettive femministe sul tema, si sofferma sulle argomentazioni delle principali pronunce della Corte Suprema, fino alla più recente sentenza *Dobbs*, che ha effettuato un *overruling* di *Roe* e *Casey*.

The article deals with U.S. constitutional developments on abortion in the latest three years: it moves from feminist perspectives on the issue and pauses on constitutional arguments of main Supreme Court decisions. The last part of the paper is dedicated to a discussion of *Dobbs*, which famously overruled *Roe* and *Casey*.

## PAROLE CHIAVE

Aborto; argomenti costituzionali; Corte Suprema statunitense; *June*; *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*; *Dobbs*.

## KEY WORDS

Abortion; constitutional arguments; U.S. Supreme Court; *June*; *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*; *Dobbs*.

<sup>142</sup> *Executive Order on Protecting Access to Reproductive Healthcare Services* (8 luglio 2022), consultabile su [whitehouse.gov](https://www.whitehouse.gov).

<sup>143</sup> Per un quadro recente v. CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *After Roe Fell: Abortion Laws by State*, in [reproductiverights.org](https://reproductiverights.org), 25 luglio 2022.

<sup>144</sup> Cfr. anche J. BALKIN, *Is the Constitution Neutral to Abortion?*, cit., par. 8.

<sup>145</sup> È di questi giorni la notizia del rigetto (con un margine di circa 59% a 41%), in un referendum tenutosi nel Kansas, di un emendamento costituzionale volto a rimuovere dalla costituzione statale il diritto di aborto: cfr. M. SMITH, K. GLUECK, *Kansas Votes to Preserve Abortion Rights Protection in its Constitution*, in [nytimes.com](https://www.nytimes.com) (2 agosto 2022).