



ANDREA RIDOLFI\*

## UNA RILETTURA DI *ROE V. WADE* A MEZZO SECOLO DI DISTANZA: *JUDICIAL ACTIVISMO* O SENTENZA RAGIONEVOLE? \*\*

**Abstract [It]:** L'articolo intende proporre una rilettura di *Roe v. Wade* alla luce del suo recente *overruling* in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*. L'autore contesta la tesi di *Roe* come espressione di *judicial activism*, mettendo in evidenza come, semmai, sia il suo *overruling* la manifestazione di un disegno politico. Egli ricostruisce il contesto in cui è intervenuta *Roe*, i suoi antecedenti logico-giuridici, la sua influenza in Europa e i numerosi tentativi, a partire dalla Corte Rehnquist, di ribaltarla. Una parte rilevante dello scritto è dedicata all'analisi ed alla confutazione della dottrina critica nei riguardi di *Roe*, e si conclude con l'illustrazione di *Roe* come simbolo.

**Abstract [En]:** The article intends to propose a re-reading of *Roe v. Wade* in the light of its recent *overruling* in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. The author disputes the thesis seeing *Roe* as an expression of *judicial activism*, highlighting how, if anything, it is its *overruling* that constitutes the manifestation of a political plan. He reconstructs the context in which *Roe* intervened, its logical-juridical antecedents, its influence in Europe and the numerous attempts, starting from the Rehnquist Court, to overturn it. A significant part of the paper is dedicated to the analysis and refutation of the critical doctrine regarding *Roe*, and concludes with the illustration of *Roe* as a symbol.

**Parole chiave:** Interruzione di gravidanza, Diritto costituzionale comparato, Controllo di costituzionalità delle leggi, Interpretazione costituzionale, Attivismo giudiziale.

**Keywords:** Abortion, Comparative Constitutional Law, Judicial Review, Constitutional Interpretation, Judicial Activism.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'importanza di *Roe v. Wade*. – 2.1. Gli antecedenti logico-giuridici di *Roe*. – 2.2. La sua influenza in Europa. – 3. I numerosi (e reiterati) tentativi di ribaltarla. – 3.1. Da *Webster* a *Casey*. – 3.2. Da *Stenberg* a *Dobbs*. – 4. Le critiche dottrinarie a *Roe*. – 5. Segue: una critica alle critiche. – 6. Considerazioni conclusive: *Roe* come simbolo.

\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate – Sapienza Università di Roma.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Premessa

Il 22 gennaio di questo anno *Roe v. Wade* (1973)<sup>1</sup>, storica sentenza della Corte Burger che ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di un diritto della donna all'interruzione di gravidanza<sup>2</sup>, ha compiuto 50 anni. Non si è trattato però di una ricorrenza felice, visto che, pochi mesi prima, la decisione è stata esplicitamente *overruled* nella controversa decisione della Corte Roberts *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)<sup>3</sup>, in cui si è arrivato addirittura ad accusare *Roe* di essere «*egregiously wrong from the start*»<sup>4</sup>. Come è stato giustamente osservato da Reva Siegel, quella di *Dobbs* è una opinione radicale che ribalta *Roe* con espressioni palesi di disprezzo per quel precedente, e nonostante la consapevolezza del significato di *Roe* per le donne americane<sup>5</sup>.

Al di là del forte impatto simbolico, l'*overruling* di *Roe* non è stato un fulmine a ciel sereno, ma un avvenimento scientemente preparato<sup>6</sup>: esso infatti è stato la logica conseguenza di una forsennata campagna di delegittimazione politica e giuridica portata avanti dai settori più retrivi e conservatori del mondo repubblicano per vari decenni, nonostante sia *Roe* che *Casey* siano il frutto di due Corti Supreme composte in maggioranza da giudici di nomina

<sup>1</sup> 410 U.S. 113 (1973). Traduzioni in italiano della sentenza sono in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Milano, Giuffrè, 1976, 75 ss.; J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, Giuffrè, 1992, 285 ss.

<sup>2</sup> Sulla interruzione di gravidanza in generale, si vedano B. ANDREWS, *No Choice. The Fall of Roe v. Wade and the Fight to Protect the Right to Abortion*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2022; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, Giappichelli, 2018; G. BOGNETTI, *Aborto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 1991, 12 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, II ed., Milano, Cortina, 2018, 313 ss.; L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, E.S.I., 2016, 151 ss.; A.N. CABOT, *History of Abortion Law*, in *Arizona State Law Journal*, n. 1/1980, 73 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, II ed., Milano, Franco Angeli, 2016, 32 ss.; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, Carocci, 2013, 111 ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, n. 2/2022; R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, tr. it. a cura di S. Maffettone, Milano, Comunità, 1994; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 3/2022, 5 ss.; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 115 ss.; S. MAFFETTONE, *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Milano, Mondadori, 1998, 291 ss.; M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Ristampa II ed., Le Lettere, Firenze, 2017, 149 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion. The Clash of Absolutes*, II ed., New York-London, Norton, 1992; G.R. STONE, *The Road to Roe*, in *Litigation*, n. 1/2016, XLIII, 43 ss.; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, V ed., Paris, Dalloz, 2005, 415 ss.; R.L. WELBORN, *Abortion Laws: A Constitutional Right to Abortion*, in *North Carolina Law Review*, n. 3/1971, XLIX, 487 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2020.

<sup>3</sup> 142 S. Ct. 2228 (2022). Per un commento su questa decisione, sia consentito il rinvio a C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy: The Impact of Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *University of Hawai'i Law Review*, n. 2/2023, XLV, 305 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2023, parte III; R.B. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, n. 5/2023, CI, 1127 ss.; M. ZIEGLER, *Roe. The History of National Obsession*, New Haven (Conn.)-London, Yale University Press, 2023, 143 ss.

<sup>4</sup> 142 S. Ct. 2228, 2243.

<sup>5</sup> Cfr. R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1135.

<sup>6</sup> Sul tragitto che da *Roe* porta a *Dobbs*, si veda E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, n. 1/2023, L, 3 ss.

repubblicana<sup>7</sup>. D'altro canto, la narrazione distopica di *Roe* come risultato dell'attivismo dei giudici *liberal* si è rivelata funzionale per riempire la Corte di giudici estremisti<sup>8</sup>, e nell'imporre un'ideologia reazionaria (l'originalismo) come unica forma di interpretazione possibile<sup>9</sup>, tanto da fare parlare oltre una decina di anni orsono di un vero e proprio assalto conservatore alla Costituzione<sup>10</sup>. In questo contesto, *Dobbs* è stata l'emblema di questa battaglia di retroguardia<sup>11</sup>, contribuendo a mettere in crisi la stessa legittimazione della Corte Suprema<sup>12</sup>.

Nella prefazione del suo recente libro su *Roe*, significativamente sottotitolato *The History of National Obsession*, Mary Ziegler si è domandata perché mai *Roe* sia rimasta al centro del dibattito per cinque decenni, quando la Corte Suprema ha adottato sentenze ugualmente impopolari<sup>13</sup>, come *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010)<sup>14</sup>. Certamente, *Roe*

<sup>7</sup> La Corte Suprema che decise *Roe v. Wade* era composta da ben 6 giudici di nomina repubblicana (i giudici Brennan e Stewart, nominati da Eisenhower; il *Chief Justice* Burger ed i giudici Blackmun, Powell e Rehnquist, nominati da Nixon) e solo 3 di nomina democratica (il giudice Douglas, nominato da F.D. Roosevelt; il giudice White, nominato da Kennedy; il giudice Marshall, nominato da Johnson). La Corte Suprema che decise il caso *Casey* era composta addirittura da ben 8 giudici di nomina repubblicana (oltre al giudice Blackmun, il giudice Stevens, nominato da Ford; il *Chief Justice* Rehnquist ed i giudici Day O'Connor, Kennedy e Scalia, nominati da Reagan; i giudici Souter e Thomas, nominati da Bush sr.) ed uno solo di nomina democratica (il già citato giudice White). Sulla narrazione distopica di *Roe* come manifestazione di *judicial activism*, si veda M. ZIEGLER, *Roe*, cit., spec. 46 ss.

<sup>8</sup> Sul processo di ideologizzazione delle nomine giudiziarie negli Stati Uniti, si vedano G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, in *Nomos*, n. 2/2018; N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive. How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court*, in *The Supreme Court Review*, n. 8/2016, 301 ss.; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars: Ideology and the Battle for the Federal Courts*, in *University of Richmond Law Review*, n. 3/2005, XXXIX, 871 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch. Inside the Supreme Court in the Age of Trump*, II ed., New York, Broadway Books, 2019, spec. 39 ss.; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 56 ss.; G. ROMEO, L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014-2015 e 2015-2016*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2017, 2303 ss.; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2019, 2917 ss.; ID., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2021, 2417 ss.

<sup>9</sup> Sull'originalismo, si veda G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II. La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, 315 ss.; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing. The Dangerous Fallacy of Originalism*, New Haven (Conn.)-London, Yale University Press, 2022; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 180 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, tr. it. a cura di D. Girotto, Bologna, Il Mulino, 2003, spec. 260 ss., 269 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., spec. 13 ss.; W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, in *The Pluralist*, n. 1/2014, IX, 39 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano, Cedam, 2017, 133 ss.; G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Milano, IBL, 2022, 61 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 34 ss.; R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1130 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002, spec. 36 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 448 ss., 740-741.

<sup>10</sup> Cfr., in proposito, E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, New-York-London-Toronto-Sydney, Simon & Schuster, 2010.

<sup>11</sup> Su *Dobbs* come vittoria della filosofia giudiziaria di Scalia insiste G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 171. In senso simile, si veda R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1173, ad avviso della quale *Dobbs* non è altro che l'espressione dell'originalismo che si è sviluppato nell'ambito del movimento legale conservatore e del Partito Repubblicano.

<sup>12</sup> Sulla attuale deriva della Corte Suprema, rinvio a G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La crisi della democrazia negli Stati Uniti e la Costituzione imperfetta*, in *Nomos*, n. 2/2022, spec. 8 ss.; L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink: A Requiem for the Supreme Court*, II ed., New York, Random House, 2022; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term. The Degradation of American Democracy - and the Court*, in *Harvard Law Review*, n. 1/2020, CXXXIV, 1 ss.; A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2022, 3 ss.; M. WALDMAN, *The Supermajority. How the Supreme Court Divided America*, New York, Simon & Schuster, 2023.

<sup>13</sup> Si veda M. ZIEGLER, *Roe*, cit., IX-X.

<sup>14</sup> 558 U.S. 310 (2010). Su questa decisione, si vedano E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 197-198; ID., *Worse Than Nothing*, cit., 157 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 271 ss.; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., 200 ss.; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC*, n.

riflette la divisività del tema dell'aborto, ma bisogna tenere presente che la decisione che ha parzialmente rivisto *Roe*, pur riaffermandone la natura di precedente vincolante, *Planned Parenthood v. Casey* (1992)<sup>15</sup>, non ha avuto l'eco e le reazioni della decisione del 1973<sup>16</sup>.

In effetti, *Roe v. Wade*, intervenuta in un mese cruciale nella storia statunitense (gennaio 1973)<sup>17</sup>, rappresenta una sorta di spartiacque nell'ambito della giurisprudenza della Corte Suprema<sup>18</sup>, nel senso che la storia costituzionale successiva non può essere capita senza fare riferimento a *Roe* ed a ciò che ha rappresentato<sup>19</sup>. Essa è il punto di arrivo di una serie di lotte portate avanti negli anni precedenti dalle donne per affermare la piena disponibilità del proprio corpo, affrancandosi dal controllo da parte del medico<sup>20</sup>. D'altra parte, *Roe* rende evidente la contrapposizione tra *pro-life* e *pro-choice*, ovvero quella che, nell'ambito della storia americana degli ultimi 50 anni, è finita per diventare una vera e propria guerra di religione, e che testimonia da entrambe le parti una profonda sfiducia nei riguardi dei custodi tradizionali<sup>21</sup>.

La sentenza non suscitò particolari reazioni il giorno in cui fu comunicata, essendo stata annunciata il giorno stesso della morte dell'ex-presidente Lyndon Johnson, con la conseguenza che i mezzi di comunicazione non diedero alla decisione quello spazio che pure avrebbe meritato<sup>22</sup>. D'altra parte, nonostante sia passata alla storia come una decisione controversa, oggetto di notevole riprovazione in ambito accademico e da parte della opinione pubblica più conservatrice, i sondaggi dell'epoca rilevarono che la maggioranza concordava con quanto deciso dalla Corte Suprema<sup>23</sup>, e questo valeva anche per gli anni

---

1/2011, 14 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, Picador, 2014, 88 ss.; G.R. STONE, *Citizens United and Conservative Judicial Activism*, in *University of Illinois Law Review*, n. 2/2012, 485 ss.

<sup>15</sup> 505 U.S. 833 (1992). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ (a cura di), *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, Giuffrè, 2008, 168 ss.

<sup>16</sup> Si veda nuovamente M. ZIEGLER, *Roe*, cit., X.

<sup>17</sup> Va ricordato che, all'inizio del mese, si era aperto il processo contro le 5 persone arrestate in flagranza dalla polizia per essere penetrate illegalmente nel quartier generale del Comitato Nazionale Democratico il 17 giugno 1972 e i loro complici (c.d. scandalo Watergate), mentre qualche giorno dopo la decisione (il 27 gennaio) venne firmato l'Accordo di Parigi sulla guerra in Vietnam. Per una ricostruzione del contesto, rinvio a J. ROSENALT, *January 1973: Watergate, Roe v. Wade and the Month That Changed America Forever*, Chicago, Chicago Review Press, 2015.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione del contesto, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., 29 ss.; L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash*, in *The Yale Law Journal*, n. 8/2011, vol. CXX, 2028 ss.; R.B. SIEGEL, *Roe's Roots: The Women's Rights Claims that Engendered Roe*, in *Boston University Law Review*, n. 4/2010, XC, 1875 ss.; R.L. WELBORN, *Abortion Laws*, cit., 489 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 11 ss.

<sup>19</sup> Cfr., in proposito, A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 33, secondo cui *Roe v. Wade* non solo rappresenta il *leading case* in materia di interruzione di gravidanza, ma incarna anche l'esemplificazione di una determinata concezione del giudiziario nelle moderne democrazie.

<sup>20</sup> Si vedano S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, Cedam, 2012, 9 ss.; L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade*, cit., 2042 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 39 ss.

<sup>21</sup> Si veda R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti. Cosa possono fare le corti contro la discriminazione negli Stati Uniti d'America. Alberico Gentili Lectures (Macerata, 22-24 aprile 2013)*, a cura di B. Barbisan, Bologna, Il Mulino, 2015, 44-45, ove sottolinea che, nel caso dei *pro-choice*, si trattava di una sfiducia nei riguardi dei medici, mentre, nel caso dei *pro-life*, si trattava dei giudici della Corte Suprema, che, nel rovesciare le regole precedenti, avevano conferito piena autorità decisionale alle donne. In senso simile, anche E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., 442. Sulla spaccatura tra *pro-life* e *pro-choice*, si vedano anche L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 142 ss.; M. ZIEGLER, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge (Mass.)-London, 2015.

<sup>22</sup> Si veda G.R. STONE, *The Road to Roe*, cit., 48; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 139.

<sup>23</sup> Cfr. G.R. STONE, *The Road to Roe*, cit., 48, ove sottolinea come i contrari a *Roe* (41%) erano nettamente inferiori alla percentuale dei contrari alla decisione *Loving v. Virginia* (72%) o alla decisione *Engel v. Vitale* (79%). In senso simile, si veda anche L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade*, cit., 2031, che sottolineano come un

immediatamente successivi<sup>24</sup>. Va considerato infatti che la dottrina, pur essendo un settore iperqualificato dell'opinione pubblica, rimane pur sempre una infima minoranza. Al di là delle critiche (più o meno fondate sul piano giuridico), *Roe* è stata sicuramente un simbolo di liberazione: l'opinione pubblica ha visto in *Roe* l'esito doveroso di una battaglia di civiltà.

Una possibile chiave di interpretazione delle polemiche di cui è stata oggetto è data dal fatto che *Roe* riflette la contrapposizione frontale tra *interpretivism* e *non-interpretivism*. Gli attacchi a cui è stata sottoposta hanno riguardato essenzialmente il fondamento testuale della decisione, sulla base del duplice presupposto che le decisioni giudiziarie debbano riguardare solo la Costituzione scritta, e che le clausole costituzionali debbano essere interpretate esclusivamente in base al significato che avevano al tempo della loro adozione o sulla base delle intenzioni dei loro redattori<sup>25</sup>. Dietro una simile affermazione si cela la pretesa (un po' semplicistica, a dire il vero) di ridurre il diritto e l'interpretazione a una operazione meccanica<sup>26</sup>, al fine di contrastare il soggettivismo ermeneutico. In realtà questa aspirazione si rivela illusoria. Uno dei grandi meriti del realismo giuridico è stato proprio quello di evidenziare come non sia affatto vero che esiste una sola interpretazione possibile, e che, proprio per questo, il giudice è libero di cercare la soluzione che più gli aggrada<sup>27</sup>.

La mia tesi è che, contrariamente a quanto sostenuto da molti, *Roe* non è affatto una decisione arbitraria, ma una decisione ragionevole che si muove in sostanziale continuità con i precedenti giurisprudenziali in materia di *privacy*, e che, proprio in virtù della sua ragionevolezza, ha esercitato grande influenza anche al di fuori dei confini statunitensi<sup>28</sup>. Per cercare di argomentare questa mia affermazione, illustrerò l'importanza storica di *Roe*, evidenziando, da un lato, i suoi antecedenti logico-giuridici, e, dall'altro, la sua influenza sulle successive decisioni delle corti costituzionali europee. Passerò poi a dare conto dei numerosissimi tentativi, a partire dalla Corte Rehnquist, di ribaltarla, erodendone i capisaldi, sino alla sua completa negazione in *Dobbs*. Mi occuperò poi delle critiche dottrinarie a *Roe*, sia da parte della dottrina statunitense che di quella italiana, a cui cercherò di controbattere con alcune considerazioni a difesa dell'argomentazione del giudice Blackmun. Concluderò infine il lavoro con una serie di osservazioni sul ruolo simbolico di *Roe*.

---

sondaggio della Gallup evidenziasse come ben il 64% degli statunitensi fosse d'accordo con la decisione. Sulle reazioni alla decisione, si veda anche L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 139 ss.

<sup>24</sup> Si veda G.R. STONE, *The Road to Roe*, cit., 49, ove rileva che, quando Gerald Ford nominò il giudice Stevens in sostituzione del giudice Douglas nel 1975, nessun senatore si sentì in dovere di chiedere al giudice nominato il suo punto di vista su *Roe* e sull'aborto.

<sup>25</sup> Una rassegna delle tradizionali argomentazioni contro *Roe* si trova in A. LAMPARELLO, C. SWANN, *Roe v. Wade: The Case That Changed Democracy*, in *Tennessee Journal of Race, Gender, & Social Justice*, n. 2/2016, V, 196 ss.

<sup>26</sup> Per una critica di queste posizioni, e la riaffermazione che il diritto costituzionale non si esaurisce in un mero testo scritto, si vedano soprattutto T.C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, n. 3/1975, XXVII, 703 ss.; ID., *The Uses of an Unwritten Constitution*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 1/1988, XLIV, 211 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, tr. it. a cura di D. Donati, Bologna, Il Mulino, 2005; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008.

<sup>27</sup> Sull'importanza svolta dal realismo giuridico, si soffermano F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, tr. it. a cura di G.B. Ratti e V. Velluzzi, Roma, Carocci, 2016, 173 ss.; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, tr. it. a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, Il Mulino, 2004, 303 ss.; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, tr. it. a cura di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 2001, 47 ss.

<sup>28</sup> Per una difesa di *Roe*, si veda anche E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 169 ss., che sottolinea (ivi, 175): «The Court's opinion was carefully reasoned and consistent with precedent».

## 2. L'importanza di *Roe v. Wade*

### 2.1. I suoi antecedenti logico-giuridici

È stato giustamente osservato che *Roe v. Wade* e il caso gemello, *Doe v. Bolton* (1973)<sup>29</sup>, deciso nello stesso giorno e con motivazioni pressoché identiche<sup>30</sup>, rappresentano, da un punto di vista comparatistico, la prima affermazione del diritto della donna all'interruzione di gravidanza come libertà costituzionalmente garantita<sup>31</sup>. Il loro fondamento era costituito dal *right to privacy*, la c.d. «sfera esclusiva di privatezza»<sup>32</sup>. In effetti, *Roe* non è altro che la risultante di un processo storico: la *privacy*, che aveva avuto la sua prima affermazione nella *dissenting opinion* del giudice Brandeis caso *Olmstead v. United States* (1928)<sup>33</sup>, e che era stata elaborata in connessione con la *property* (in particolare, con le garanzie previste dal IV e V Emendamento)<sup>34</sup>, inizia ad allargare i suoi confini<sup>35</sup>, diventando, a partire dalla Corte

<sup>29</sup> 410 U.S. 179 (1973). La traduzione italiana è in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 115 ss.

<sup>30</sup> Basti pensare che le *concurring opinions* dei giudici Douglas e Burger e la *dissenting opinion* del giudice White al caso *Doe* sono scritte per entrambi i casi, e che la *dissenting opinion* di Rehnquist non fa altro che rinviare a ciò che aveva scritto nel suo *dissent* in *Roe*.

<sup>31</sup> Cfr., in proposito, G. BOGNETTI, *Esperienze straniere. la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, 8 ss. (e in ID., *Scritti scelti a cura di M. Iacometti*, Milano, Guffrè, 2015, 1 ss.).

<sup>32</sup> Si veda G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., 8-9. Sulla *privacy* negli Stati Uniti, inoltre, si veda A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, Giappichelli, 2005; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Torino, Giappichelli, 2022, 114 ss.; M.H. BELSKY, *Privacy: The Rehnquist Court's Unmentionable Right*, in *Tulsa Law Journal*, n. 1/2013, XXXVI, 43 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., 103 ss.; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II *diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 1991, 3 ss.; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2017, 37 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2009, 150 ss.; ID., *Tanto tuonò che piove*, cit., 9 ss.; K.I. KERSCH, *The Right to Privacy*, in D.J. BONDENHAMER, J.W. ELY, JR. (a cura di), *The Bill of Rights in Modern America*, Bloomington & Indianapolis, Indiana University Press, 2008, 215 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 92 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., 223 ss.; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion. Roe v. Wade and the Battle for Privacy*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2018; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, II ed., Paris, P.U.F., 1999, 392-393; ID., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., 442 ss.

<sup>33</sup> 277 U.S. 438 (1928). Il testo parzialmente tradotto in italiano della sentenza è in A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, Giuffrè, 2006, 237 ss.

<sup>34</sup> Sull'importanza di *Olmstead*, si soffermano A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 80 ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 33 ss.; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 162; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II, cit., 5; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, cit., 43 ss.; L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice*, cit., 228 ss.; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 20 ss.

<sup>35</sup> Si veda A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 135 ss., che sottolinea come un primo superamento del paradigma proprietario sia evidente a partire dagli anni '40, prima con la decisione del 1942, *Skinner v. Oklahoma* (316 U.S. 535), e poi ancor più con la decisione dell'anno successivo, *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624). Sulla importanza della sentenza *Skinner*, si vedano anche M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 44; K.I. KERSCH, *The Right to Privacy*, cit., 234-235. Sull'importanza di *Barnette* si vedano, invece, R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 14 ss.; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II, cit., 3; B. SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1993, 260.

Warren, il fondamento delle scelte in materia di autonomia personale<sup>36</sup>, in particolare per quel che attiene alla sfera sessuale e riproduttiva<sup>37</sup>.

Decisive per l'affermazione della *privacy* come fondamento dell'autodeterminazione sono due decisioni in materia di contraccezione<sup>38</sup>, una della Corte Warren, *Griswold v. Connecticut* (1965)<sup>39</sup>, e una della Corte Burger, *Eisenstadt v. Baird* (1972)<sup>40</sup>. Con la prima, il fondamento del diritto di *privacy* viene individuato nella penombra del I, III, IV, V e IX Emendamento<sup>41</sup>, anche se vi sono *opinions* che tendono a dare una diversa lettura di questo diritto (quella del giudice Goldberg, che la fonda sul IX Emendamento, o quella del giudice Harlan che la fonda su una peculiare concezione del XIV Emendamento, la *substantive due process doctrine*)<sup>42</sup>. Con la seconda decisione, invece, viene dichiarato incostituzionale, per violazione della clausola della *equal protection of laws* contenuta nel XIV Emendamento, uno *statute* del Massachusetts che vietava la distribuzione di contraccettivi, allo scopo di prevenire la gravidanza, a persone non sposate.

Ed è proprio dalla *privacy* e dalla considerazione di *Eisenstadt* e *Griswold* che prende le mosse il giudice Blackmun nella sua *opinion of the Court* in *Roe* per sostenere l'esistenza di un diritto alla interruzione di gravidanza<sup>43</sup>. A suo dire, sebbene vi era discussione sul

<sup>36</sup> Sull'esistenza di una sfera di autonomia personale alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema, si vedano G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, cit., 105 ss.; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II, cit., 5-6; K.I. KERSCH, *The Right to Privacy*, cit., 233 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., 132 ss.; A. VESPAZIANI, *La regolazione pubblica dell'intimità: tre casi del federalismo statunitense*, in F.P. TRAISCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Napoli, E.S.I., 2007, 375 ss.

<sup>37</sup> Sul ruolo svolto dalla Corte Warren, si vedano A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, cit., 48 ss.; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, Hill & Wang, 1999, 106 ss.

<sup>38</sup> Si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., 84; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 23; E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 170; K.I. KERSCH, *The Right to Privacy*, cit., 235; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 311-312; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 93-94; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 20-21.

<sup>39</sup> 381 U.S. 479 (1965). La traduzione italiana parziale è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., 145 ss.

<sup>40</sup> 405 U.S. 438 (1972). Sulla sentenza *Eisenstadt*, si vedano A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 338-339; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 76; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, cit., 63-64; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'egualianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 155; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 183-184; S.S. MIMS, *Eisenstadt v. Baird: Massachusetts Statute Prohibiting Distribution of Contraceptives to Unmarried Persons Held Unconstitutional*, in *Southwestern Law Journal*, n. 4/1972, XXVI, 775 ss.; L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, cit., 133; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 24 ss.; ID., *Roe*, cit., 7-8.

<sup>41</sup> Sulla decisione *Griswold*, si vedano B. ACKERMAN, *We the People, 1. Foundations*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1991, 130 ss.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 312 ss.; J.C. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutsell*, IV ed., St. Paul (Minn.), West Group, 1999, 192 ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 73 ss.; M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 44-45; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 115; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, cit., 54 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'egualianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 152 ss.; ID., *Tanto tuonò che piovve*, cit., 11-12; M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., 106 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 181 ss.; A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., 9-10; B. SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, cit., 283-284, 337 ss.; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 22 ss.; ID., *Roe*, cit., 6.

<sup>42</sup> Critico nei riguardi della *opinion* del giudice Goldberg è A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 325 ss., il quale, mentre difendeva l'*opinion of the Court* del giudice Douglas, che riteneva, a differenza della maggioranza della dottrina nordamericana, sufficientemente chiara nella sua semplicità, tacciava l'*opinion* di Goldberg di fare addirittura confusione, e finanche di essere scarsamente coerente con la motivazione della Corte. Di diverso avviso è, invece, S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 296, che sottolinea come l'*opinion* di Goldberg abbia avuto maggiore influenza nel dibattito dottrinario di quella del giudice Douglas, soggiungendo che, in un'epoca segnata dal testualismo, l'approccio seguito da Goldberg sembrava avere un legame diretto con la Costituzione.

<sup>43</sup> Sulla sentenza *Roe*, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., 80 ss.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 342 ss.; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 47 ss.; J.C. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutsell*, cit., 197

fondamento costituzionale del diritto di *privacy*, esso era abbastanza largo da comprendere la decisione di una donna riguardo al proseguimento della propria gravidanza, soggiungendo che lo Stato, nel negare alla donna il diritto di compiere questa scelta, avrebbe arrecato danni evidenti<sup>44</sup>. Tuttavia, questo diritto non era assoluto<sup>45</sup>, in quanto era ragionevole pensare che, ad un certo punto della gravidanza, l'interesse dello Stato alla protezione della vita umana potenziale del feto divenisse prevalente.

Questo non comportava, però, che il feto fosse da considerare persona, tutelata, come tale, dal XIV Emendamento<sup>46</sup>. Secondo il giudice Blackmun, lo Stato poteva regolare la procedura di aborto, nella misura in cui ciò fosse necessario per tutelare la salute della madre, a partire dal terzo trimestre. Di conseguenza, fino alla scadenza del primo trimestre, il medico curante, d'intesa con la paziente, era libero di stabilire la cessazione della gestazione, senza che lo Stato potesse intervenire. Nel periodo tra la fine del primo trimestre e la fine secondo trimestre, lo Stato poteva disciplinare il procedimento abortivo in modi che dovevano tenere ragionevolmente conto della salute materna. Solo alla fine del secondo trimestre, con la comparsa della c.d. vitalità del feto (*viability*), lo Stato poteva proteggere la vita di esso sino al punto di vietare l'aborto, salvo il caso in cui fosse necessario per preservare la vita e la salute della madre<sup>47</sup>.

È interessante notare che *Roe* viene deciso da una Corte Suprema nel 1973 in una composizione diversa da quella che lo aveva discusso una prima volta nel dicembre 1971, in quanto 14 mesi prima si era trattato di una discussione a ranghi ridotti a causa delle quasi contemporanee dimissioni di due giudici per motivi di salute (il giudice Black e il giudice Harlan, sostituiti poi dal giudice Powell e dal giudice Rehnquist)<sup>48</sup>, e con una argomentazione

---

ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 76 ss.; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, cit., 117-118; M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 45-46; R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 161 ss.; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, cit., 64 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 139 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 155 ss.; ID., *Tanto tuonò che piove*, cit., 13-14; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 190 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, 478 ss.; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 312; B. SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, cit., 339 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 11 ss.; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 27 ss.; ID., *Abortion and the Law in America*, cit., 22 ss.; ID., *Roe*, cit., 8 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., 444 ss.

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

<sup>45</sup> 410 U.S. 113, 154: «We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified, and must be considered against important state interests in regulation».

<sup>46</sup> 410 U.S. 113, 162: «Perfection of the interests involved, again, has generally been contingent upon live birth. In short, the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense».

<sup>47</sup> 410 U.S. 113, 164-165.

<sup>48</sup> Si vedano D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 188 ss.; B. SCHWARTZ, *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1988, 83 ss.; ID., *A History of the Supreme Court*, cit., 340 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 10-11.

diversa dalla prima versione dell'*opinion of the Court*, incentrata sull'incostituzionalità dello *statute* per vaghezza delle sue disposizioni<sup>49</sup>. Un ruolo essenziale nel cambio di argomentazione viene svolto dal *draft* del giudice Douglas, che aveva individuato proprio nella *privacy* la ragione della incostituzionalità<sup>50</sup>.

Va anche osservato che *Roe* non è il primo caso deciso dalla Corte Suprema in materia di aborto. Circa due anni prima, nel caso *United States v. Vuitch* (1971)<sup>51</sup> la Corte Burger aveva affrontato il problema della costituzionalità di uno *statute* del *District of Columbia* che proibiva l'aborto, salvo che fosse necessario per la salute della donna. La questione nasceva dalla incriminazione di un medico, Milan Vuitch, accusato di avere praticato aborti al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, ed aveva sia un profilo processuale (la sussistenza della giurisdizione della Corte Suprema a cui si erano appellati gli Stati Uniti dopo la decisione del giudice distrettuale Gesell), che sostanziale. La Corte Suprema, nell'affermare la propria giurisdizione, ribaltava la decisione del giudice Gesell (che aveva prosciolto Vuitch per incostituzionalità dello *statute*), affermando che non vi fosse alcuna vaghezza nella fattispecie incriminatrice. Tale decisione rifletteva una Corte Suprema divisa al suo interno: l'*opinion of the Court* redatta dal giudice Black, infatti, era stata appoggiata nella sua interezza solo dal *Chief Justice* Burger e dal giudice White<sup>52</sup>. È interessante notare altresì che nella *opinion* in parte concorrente e in parte dissenziente del giudice Douglas era contenuta *in nuce* l'argomentazione poi successivamente sviluppata in *Roe* (il diritto all'interruzione di gravidanza come manifestazione della *privacy*)<sup>53</sup>.

## 2.2. La sua influenza in Europa

Quanto all'influenza operata da *Roe*, si può ben dire che la decisione della Corte Suprema abbia aperto la strada ad una serie di interventi degli organi di giustizia costituzionale

<sup>49</sup> Sulla prima versione del *draft* redatto dal giudice Blackmun e sulla successiva discussione, si vedano B. SCHWARTZ, *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, cit., 103 ss.; ID., *A History of the Supreme Court*, cit., 344 ss.

<sup>50</sup> Sul *draft* redatto dal giudice Douglas, si vedano ID., *The Unpublished Opinions of the Burger Court*, cit., 87-88, 93 ss.; ID., *A History of the Supreme Court*, cit., 342 ss.

<sup>51</sup> 402 U.S. 62 (1971). Su questa decisione, si vedano R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 159 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 189; R.L. WELBORN, *Abortion Laws*, cit., 492-493 e 495; M. ZIEGLER, *After Roe*, cit., 9-10; ID., *Abortion and the Law in America*, cit., 21-22; ID., *Roe*, cit., 7.

<sup>52</sup> Ad essa si affiancavano, oltre alla *concurring opinion* del giudice White, le *opinions* in parte concorrenti e in parte dissenzienti del giudice Douglas (che concordava sulla questione della giurisdizione, ma dissentiva sulla pronuncia sullo *statute*), del giudice Harlan, a cui si univano i giudici Blackmun, Brennan e Marshall (che dissentiva sulla questione della giurisdizione, ma concordava con il giudizio sulla mancata vaghezza dello *statute*), del giudice Stewart (che invece concordava con il giudizio sulla sussistenza della giurisdizione, ma non con quello sullo *statute*), e infine del giudice Blackmun (che dissentiva per quanto riguardava la giurisdizione, ma concordava per quanto riguardava il merito sullo *statute*).

<sup>53</sup> 402 U.S. 62, 78: «Abortion touches intimate affairs of the family, of marriage, of sex, which in *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, we held to involve rights associated with several express constitutional rights and which are summed up in "the right of privacy". They include the right to procreate (*Skinner v. Oklahoma* 316 U. S. 535), the right to marry across the color line (*Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1), the intimate familial relations between children and parents (*Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Ley v. Louisiana*, 391 U. S. 68, 391 U.S. 71-72). There is a compelling personal interest in marital privacy and in the limitation of family size».

europei<sup>54</sup>. Va tenuto presente infatti che in appena due anni vi sono stati interventi sul tema della interruzione della gravidanza da parte della *Verfassungsgerichtshof* austriaca<sup>55</sup>, del *Conseil constitutionnel* francese<sup>56</sup>, della Corte costituzionale italiana e del Tribunale Costituzionale Federale tedesco<sup>57</sup>. Tranne il caso del *Bundesverfassungsgericht*, che ha adottato una soluzione restrittiva, tutte le altre giurisdizioni costituzionali europee si sono collocate sulla scia della Corte Suprema, ammettendo la possibilità di interrompere la gravidanza, seppur con diverse modalità e con argomentazioni diverse, a seconda dei diversi contesti giuridico-costituzionali<sup>58</sup>.

La prima Corte costituzionale europea ad intervenire è stata la *Verfassungsgerichtshof* austriaca, chiamata a giudicare, su ricorso da parte del *Land* di Salisburgo, della legittimità costituzionale della legge federale n. 60/1974 di riforma del codice penale, che prevedeva (§§ 96-98) la possibilità della interruzione della gravidanza, se effettuata da un medico nei primi tre mesi dall'inizio della gravidanza stessa<sup>59</sup>. Il *Land* di Salisburgo eccepiva l'incostituzionalità della legge per contrasto con il diritto alla vita<sup>60</sup>, che, pur non essendo espressamente menzionato nel testo della Costituzione e delle altre leggi di valore costituzionale, costituiva, a suo dire, il presupposto degli altri diritti fondamentali espressamente previsti, spettando anche al non ancora nato<sup>61</sup>. Il *Land* di Salisburgo richiamava anche l'art. 2 CEDU, sostenendo che esso tutelava l'esistenza biologico-fisica, operando anche una comparazione con la Legge Fondamentale tedesca, ispirata, a suo dire, dalla stessa *ratio*, e da cui si evinceva che la tutela della vita spettava anche all'embrione<sup>62</sup>.

La Corte costituzionale austriaca era scettica sulla esistenza di un diritto alla vita come ipotizzato dal *Land*. In particolare, per quanto riguardava il primo argomento, veniva

<sup>54</sup> Cfr., in proposito, G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., 38, ove rilevava che la sentenza *Roe* avrebbe incontrato caloroso consenso, e sarebbe divenuta quasi un modello da imitare al di fuori degli Stati Uniti. A suo avviso (ivi, 40 ss.), la liberalizzazione della disciplina dell'aborto era una tendenza diffusa nel mondo, con la conseguenza che in un tempo più o meno lungo sarebbero state introdotte innovazioni nel sistema dei divieti penali in Germania e in Italia, anche se un intervento delle Corti costituzionali italiana e tedesca che avesse imitato sino alle ultime conseguenze quello della Corte Suprema statunitense non era ritenuto plausibile, se non altro perché mancava nelle corti europee l'ideologia individualista che stava al fondo delle decisioni statunitensi. Di *Roe v. Wade* come decisione che ha aperto la serie delle decisioni delle giurisdizioni costituzionali europee sull'interruzione di gravidanza insistono L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, X ed., Paris, Dalloz, 1999, 888. Di onda lunga di *Roe v. Wade* parla A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 20 ss.

<sup>55</sup> *VfGH*, sent. 11-10-1974, G 8/74, in *Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* 1974, XXXIX, n. 2, n. 7400, 221 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 161 ss.).

<sup>56</sup> Cons. const., dec. 15-1-1975, 74-54 DC. La traduzione italiana è in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 177-178. Su questa decisione, si vedano anche L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 313 ss.

<sup>57</sup> *BverfGE*, 39, 1 (1975). La traduzione italiana è in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 248 ss.

<sup>58</sup> Si vedano L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 335-336, che sottolineano la prossimità delle posizioni espresse dalle giurisdizioni costituzionali statunitense, austriaca francese ed italiana.

<sup>59</sup> *VfGH*, sent. 11-10-1974, § I.1, in *VfGH-Erk.* 1974, cit., 221-222 (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 161). Sulla normativa austriaca, si veda anche G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 16.

<sup>60</sup> Per un approfondimento sul diritto alla vita in Austria, rinvio a W. BERKA, *Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*, Wien-New York, Springer Verlag, 1999, 209 ss.; B. KNEIHS, *Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde*, in D. MERTEN, H.J. PAPIER (a cura di), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1. Grundrechte in Österreich*, Heidelberg-Wien, C.F. Müller, 2009, 137 ss.

<sup>61</sup> *VfGH*, sent. 11-10-1974, § II.2, lett. a), in *VfGH-Erk.* 1974, cit., 223-224 (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 163).

<sup>62</sup> *VfGH*, sent. 11-10-1974, § II.3, lett. a), in *VfGH-Erk.* 1974, cit., 225 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 165-166).

replicato che non si trattava di un intervento statale sulla vita, ma del fatto che una interruzione di gravidanza non era più da considerarsi reato nel caso in cui ricorrevano i presupposti previsti dal § 97 della legge di riforma<sup>63</sup>. Quanto all'art. 2 CEDU, la Corte costituzionale austriaca sottolineava che, nel riferirsi alla persona, esso concerneva solo vita dell'uomo, e non quella dell'embrione<sup>64</sup>.

Il governo del *Land* di Salisburgo, infine, eccepeva la violazione del principio di uguaglianza nella mancata parificazione tra soggetti nati e non ancora nati, in quanto, a suo dire, la procreazione e la morte segnavano l'inizio e la fine di un completo ciclo biologico, la cui natura restava sempre uguale<sup>65</sup>. La Corte costituzionale replicava che, non avendo la vita in formazione una protezione costituzionale di per sé, non esisteva alcun imperativo costituzionale per il legislatore di tutelare l'embrione: al legislatore era data la possibilità di trattare sotto l'aspetto penale l'interruzione di gravidanza in modo differente a seconda dello stadio di sviluppo, senza contrastare con il principio di uguaglianza<sup>66</sup>.

Qualche mese dopo, è il *Conseil constitutionnel* a essere investito del controllo di costituzionalità del progetto di legge sulla interruzione di gravidanza, promosso da Simone Veil e approvato in via definitiva il 20 dicembre 1974, che ammetteva, a titolo sperimentale<sup>67</sup>, la possibilità di interruzione della gravidanza nelle prime 10 settimane in caso di una situazione di disagio e sotto controllo medico, nonché l'aborto a scopi terapeutici senza limiti di tempo in caso di grave pericolo per la salute della madre o di una grave affezione del feto<sup>68</sup>. I deputati ricorrenti (tutti facenti parte della maggioranza gollista) contestavano la contrarietà del progetto di legge con il diritto alla vita riconosciuto dalla CEDU, e altresì con l'art. 2 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e il Preambolo della Costituzione francese del 1946.

Partendo dal presupposto che l'art. 61 Cost. Francia non conferiva un potere di apprezzamento pari a quello del Parlamento<sup>69</sup>, il *Conseil* rifiutava di verificare la conformità di un progetto di legge a un trattato internazionale, benché l'art. 55 Cost. Francia parlasse di una autorità superiore dei trattati rispetto a quella di una legge, in quanto tale articolo non prescriveva che il rispetto di tale principio doveva essere assicurato nel quadro del

<sup>63</sup> *VjGH*, sent. 11-10-1974, § II.2, lett. *b*), in *VjGH-Erk.* 1974, cit., 224-225 (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 164).

<sup>64</sup> *VjGH*, sent. 11-10-1974, § II.3, lett. *b*), in *VjGH-Erk.* 1974, cit., 227 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 166 ss.). Sull'importanza di questa affermazione, si soffermano W. BERKA, *Die Grundrechte*, cit., 212; B. KNEIHS, *Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde*, cit., 140.

<sup>65</sup> *VjGH*, sent. 11-10-1974, § II.5, lett. *a*), in *VjGH-Erk.* 1974, cit., 231 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 170-171).

<sup>66</sup> *VjGH*, sent. 11-10-1974, § II.5, lett. *b*), in *VjGH-Erk.* 1974, cit., 233 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 171 ss.).

<sup>67</sup> Su questa peculiare categoria giuridica del diritto pubblico francese, si veda J.L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, V ed. Paris, LexisNexis, 2007, 134 ss.

<sup>68</sup> Sulla interruzione di gravidanza in Francia, si vedano X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, 2013, 338 ss.; G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 15-16; A. HEYMANN-DOAT, *50 libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2015, 137 ss.; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit., 419 ss.

<sup>69</sup> Cons. const., dec. 15-1-1975, *considérant* n. 1. Sottolineano questo aspetto L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 321-322; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, cit., 254-255.

controllo di conformità delle leggi a costituzione previsto dall'art. 61 Cost. Francia<sup>70</sup>. Quanto alla asserita contrarietà con l'art. 2 della *Déclaration*, il *Conseil* sottolineava che non vi fosse alcun attentato alla libertà personale<sup>71</sup>, e che ugualmente non vi fosse alcun contrasto con il Preambolo della Costituzione del 1946, nella parte in cui garantiva il diritto alla protezione della salute del bambino, né ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica<sup>72</sup>.

La sentenza *Roe* è stata un modello per la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 27 del 18 febbraio 1975, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale il reato previsto dall'art. 546 cod. pen.<sup>73</sup>, aprendo la strada alla disciplina legislativa sull'interruzione di gravidanza (legge n. 194 del 22 maggio 1978)<sup>74</sup>. È stato rilevato che la Corte italiana, pur non richiamando in modo esplicito *Roe*, mostra di esserne perfettamente a conoscenza e di riecheggiarne le argomentazioni<sup>75</sup>. In particolare, l'influenza di *Roe* è evidente nella parte in cui la Corte italiana nega che il concepito sia qualificabile come persona, e che, di conseguenza, nel bilanciamento tra il diritto alla salute della madre e la tutela del diritto alla vita del nascituro prevalga il primo<sup>76</sup>. Tuttavia, come aveva preconizzato Bognetti, l'intervento dell'organo di giustizia costituzionale italiano non ha portato al riconoscimento

<sup>70</sup> Cons. const., dec. 15-1-1975, *considérant* n. 3. Si vedano anche J.L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, cit., 8-9; L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 322 ss.; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, cit., 234.

<sup>71</sup> Cons. const., dec. 15-1-1975, *considérant* n. 8. Si veda anche L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 331.

<sup>72</sup> Cons. const., dec. 15-1-1975, *considérant* n. 10. Si vedano anche L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 331 ss.

<sup>73</sup> Sul reato di aborto, si vedano M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 83 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017, 435 ss.; G. ZUCALÀ, *Aborto b) Diritto penale*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 128 ss.

<sup>74</sup> Sull'interruzione di gravidanza in Italia, si veda F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, n. 2/2022; L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, ivi; E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, ivi; M.P. IADICICCO, *L'aborto terapeutico. Un tema a minore densità problematica?*, ID., *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. 120 ss.; A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, III ed., Milano, Wolters Kluwer, 2021, 56 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 324 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 483 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 437 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., 38 ss.; ID., *Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 9 ss., spec. 33 ss.; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 115 ss.; S. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, Carocci, 2011, 150 ss.; S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, E.S.I., 2006, 563 ss.

<sup>75</sup> Cfr., in questo senso, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, 21-22. Su *Roe* come modello della sentenza n. 27/1975 e delle altre decisioni europee insiste anche S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola*, cit., 564.

<sup>76</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 27/1975, *Considerato in diritto*: «La scriminante dell'art. 54 c.p. si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Di opposto avviso è, invece, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 484, secondo cui, nel qualificare il feto non ancora persona, la Corte italiana non ha accolto la tesi della Corte Suprema, secondo la quale il feto è una mera vita potenziale.

di una facoltà con la stessa estensione di quella riconosciuta dalla Corte Suprema statunitense<sup>77</sup>.

Questione ulteriore da affrontare è se la legge che ne è conseguita sia stata modellata o meno sulla decisione da parte dell'organo di giustizia costituzionale. La tesi prevalente in dottrina è che ci sia una profonda assonanza tra la decisione del 1975 e la disciplina legislativa successiva<sup>78</sup>, e da questo conseguirebbe anche la concezione assai restrittiva dell'autodeterminazione femminile accolta nella normativa italiana, in virtù della centralità del diritto alla salute della donna accolta nella sentenza della Corte costituzionale<sup>79</sup>. La successiva qualificazione, da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, della l. n. 194/1978 come legge a contenuto costituzionalmente vincolato ha, in un certo senso, cristallizzato e irrigidito il compromesso<sup>80</sup>, riconoscendo una sorta di preminenza alla tutela della vita umana sin dall'inizio<sup>81</sup>, assente invece nella pronuncia di mezzo secolo orsono<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Si veda G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., 44-45, secondo cui anche nel caso in cui la Corte avesse dato ragione al Tribunale di Milano, ragionando sul solo metro delle esigenze della salute della donna, difficilmente sarebbe riuscita a raggiungere su tutti i punti la linea della Corte Suprema statunitense. Sul differente bilanciamento operato dalla Corte italiana rispetto a quella statunitense si sofferma A. LONGO, *I valori come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007, 387-388, che sottolinea come il giudice delle leggi scelse di fare configgere la vita del nascituro con la salute della madre, e non invece con il diritto di autodeterminazione della gestante, in virtù del *thema decidendum* della questione. Sulla comparazione tra le due decisioni, si veda anche F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 19, secondo cui, a differenza della Corte americana, la Corte costituzionale non ha riconosciuto alla donna la titolarità di un diritto alla libera e insindacabile autodeterminazione, e non lo ha fatto proprio perché ha bilanciato i due diritti alla vita, quello alla vita e alla salute della madre e quello del nascituro, questo ultimo ridotto a puro diritto al conseguimento della vita da parte del concepito.

<sup>78</sup> Sulla profonda assonanza tra l. n. 194/1978 e sentenza n. 27/195 insiste S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola*, cit., 564 e 576. Si vedano, inoltre, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 459 ss.; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 123 ss.

<sup>79</sup> Sulla centralità del diritto alla salute della donna come diretta conseguenza della sentenza della Corte insiste M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 133 ss., secondo la quale, però, il riferimento al diritto alla salute della donna non mette fuori gioco la sua autodeterminazione. Sullo stretto legame tra l'interruzione di gravidanza e la tutela del diritto alla salute si sofferma anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 455 ss., secondo cui (ivi, 458-459) vengono in sostegno di questa tesi anche le successive decisioni della Corte costituzionale, ord. n. 389/1988 e sent. n. 96/2015 e la stessa formulazione della l. n. 194/1978. Di opposto avviso è, invece, S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola*, cit., 568-569, che non esista a parlare di elusione del tema della autodeterminazione della donna nelle scelte procreative. Una posizione intermedia è quella di A. SANTOSUOSSO, M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., 59, secondo i quali l'accostamento tra aborto e diritto alla salute risponde ad una esigenza di mediazione tra orientamenti opposti in materia, ma, nello stesso tempo, ha una enorme potenzialità espansiva e critica nei riguardi del rapporto consolidato medico-paziente. Sulla centralità del diritto alla salute nell'esperienza costituzionale italiana, infine, si veda anche F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 40 ss.

<sup>80</sup> Sulla sentenza n. 35/1997, si vedano M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 143-144; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 391 ss.

<sup>81</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 35/1997, § 4 del *Considerato in diritto*: «Alla stregua dei principi elaborati dalla Corte in materia di referendum con riguardo alle leggi ordinarie dal contenuto costituzionalmente vincolato, la richiesta referendaria in oggetto non può essere ammessa. Di ciò rende convinti un esame anche sommario delle disposizioni direttamente coinvolte nella richiesta: anzitutto dell'articolo 1. Detto articolo, oltre a ribadire - come si è visto - i principi costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio. Questo principio, già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 di questa Corte, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale».

<sup>82</sup> Cfr. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 120, nota 14, che sottolinea come la Corte parli di diritto alla vita del concepito solo a partire dalla sentenza n. 35/1997.

Quanto alla decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 25 febbraio 1975<sup>83</sup>, il giudice costituzionale tedesco ha invece affermato che la tutela del diritto alla vita (art. 2 GG)<sup>84</sup> spetti anche al nascituro<sup>85</sup>, e che tale diritto imponga la punizione penale dell'aborto<sup>86</sup>, salvo alcune cause di giustificazione<sup>87</sup>. In particolare, il collegamento tra il diritto alla vita e la dignità umana (art. 1 GG) comporta che, nel bilanciamento tra il diritto alla vita dell'embrione e l'autodeterminazione della donna, debba sempre prevalere il primo<sup>88</sup>. Occorre notare che anche la sentenza tedesca, al pari di quella statunitense, conteneva una dettagliata ricostruzione storica del quadro normativo<sup>89</sup>, e che, per sostenere che il diritto alla vita riguardi anche il nascituro, il Tribunale Costituzionale Federale tedesco richiamava i lavori preparatori sull'art. 2 GG<sup>90</sup>. In sostanza, la decisione tedesca del 1975 non fa altro che riaffermare quel modello di tutela penale, che proprio *Roe* aveva inteso superare<sup>91</sup>.

### 3. I numerosi (e reiterati) tentativi di ribaltarla

#### 3.1. Da Webster a Casey

Sebbene l'ossessione nei riguardi di *Roe* inizi sin dai giorni successivi alla decisione, è solo con gli anni '80 che essa diventa una battaglia politica<sup>92</sup>, trovando una sua esplicita

<sup>83</sup> Sulla decisione del *Bundesverfassungsgericht*, si vedano anche A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 18 ss.; G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 16; E. DENNINGER, *Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: osservazioni etico-giuridiche*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 342 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 87 ss.; H. GERSTEIN, D. LOWRY, *Abortion, Abstract Norms, and Social Control: The Decision of the West German Federal Constitutional Court*, in *Emory Law Journal*, n. 4/1976, XXV, 849 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 46 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 481 ss.; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit., 418.

<sup>84</sup> Sul diritto alla vita, si veda V. EPPING, *Grundrechte. In Zusammenarbeit mit Sebastian Lenz und Philipp Leydecker*, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2004, 37 ss.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, XX ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, 162 ss.; F. HUFEN, *Staatsrecht, II. Grundrechte*, II ed., C.H. Beck, München, 2009, 218 ss.; J. IPSEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, Neuwid, Luchterhand, 2003, 68 ss.; M. KLOEPFER, *Verfassungsrecht, Band II. Grundrechte*, München, C.H. Beck, 2010, 166 ss.; L. MICHAEL, M. MORLOK, *Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 106 ss.; I. VON MUNCH, *Art. 2 (Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person)*, in ID. (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 20)*, II ed., München, C.H. Beck, 1981, 105 ss., spec. 123 ss.

<sup>85</sup> *BverfGE*, 39, 108 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 272-273). Si vedano anche M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, Giuffrè, 1994, 6-7; M. KLOEPFER, *Verfassungsrecht, II*, cit., 170; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 31.

<sup>86</sup> *BverfGE*, 39, 130 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 278 ss.).

<sup>87</sup> *BverfGE*, 39, 135 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 280 ss.).

<sup>88</sup> *BverfGE*, 39, 125-126 (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 276-277). Si veda anche F. HUFEN, *Staatsrecht, II*, cit., 221. Sul collegamento tra vita e dignità umana, si vedano anche le considerazioni critiche di E. DENNINGER, *Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce*, cit., 346 ss.

<sup>89</sup> *BverfGE*, 39, 11 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 252 ss.).

<sup>90</sup> *BverfGE*, 39, 113 ss. (trad. it. in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 273 ss.).

<sup>91</sup> Sul fatto che il superamento della sanzione penale dell'aborto in Europa sia avvenuto allo scopo di evitare che essa favorisse il fiorire di un mercato clandestino che poteva mettere a repentaglio la salute della madre oltre alla gravidanza, insiste V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, Giappichelli, 2012, 66. Sull'opposto atteggiamento che ha animato la decisione della Corte Suprema e quella del Tribunale Costituzionale Federale tedesco si veda G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 18-19. Sulla decisione tedesca come riaffermazione di un modello fondato sulla punizione penale, si sofferma M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., 33-34.

<sup>92</sup> Sull'allineamento dei Repubblicani in senso antiabortista a partire dalla fine degli anni '70, si vedano L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade*, cit., spec. 2067 ss., ove rilevano come la percentuale di

teorizzazione con la nomina di Edwin Meese III come *Attorney General*: a partire da essa, infatti, viene esplicitamente teorizzata, nel contesto di una sempre più forte ideologizzazione delle nomine dei giudici federali<sup>93</sup>, la nomina di giudici originalisti e testualisti in Corte Suprema, allo scopo di negare all'interruzione di gravidanza il carattere di diritto fondamentale<sup>94</sup>. In questo senso vanno intese le nomine – prima reaganiane, poi bushiane – di William Rehnquist come *Chief Justice* al posto del dimissionario Warren Burger, nonché le nomine come *Associate Justice* di Antonin Scalia, di Robert Bork (poi naufragata) e di Clarence Thomas<sup>95</sup>.

I timori per un possibile cambiamento di linea si erano materializzati proprio in una delle ultime decisioni della Corte Burger in materia di interruzione della gravidanza<sup>96</sup>, *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (1986)<sup>97</sup>, riguardante la conformità a costituzione del *Pennsylvania's Abortion Control Act* del 1982: l'ampia maggioranza di *Roe* si era ridotta ai minimi termini, in quanto, ai tradizionali due giudici dissenzienti, Rehnquist e White, si erano aggiunti il giudice O'Connor, nominato al posto del giudice Stewart, e il *Chief Justice* Burger. Proprio Burger, dopo aver richiamato la sua *concurring opinion* in *Doe*, in cui aveva negato che la Corte Suprema avesse legittimato l'aborto su richiesta<sup>98</sup>, concludeva la sua breve *dissenting opinion* ritendendo necessario un riesame di *Roe* ai fini di un suo superamento<sup>99</sup>.

Va tenuto presente anche che il giudice O'Connor aveva votato assieme a White e Rehnquist già in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* (1983)<sup>100</sup>, dando

---

elettori repubblicani a favore dell'aborto fosse originariamente superiore a quella dei democratici (68% contro 58%), e come il voto dei Repubblicani contro l'aborto divenga maggioritario solo a partire dal 1979. Sulla battaglia antiabortista negli anni '80, si vedano anche D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 207 ss.; M. ZIEGLER, *After Roe*, cit., 54 ss.; ID., *Beyond Abortion*, cit., 160, 208 ss.; ID., *Abortion and the Law in America*, cit., 57 ss.

<sup>93</sup> Sulla ideologizzazione nella nomina dei giudici federali a partire dalla Presidenza Reagan, si vedano N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive*, cit., 338 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 9-10, 171-172; S. GOLDMAN, *Judicial Confirmation Wars*, cit., 878 ss.

<sup>94</sup> Sul ruolo svolto da Edwin Meese III nell'affermazione dell'originalismo si vedano E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 34; N. DEVINS, L. BAUM, *Split Definitive*, cit., 340; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 269-270; W. KAUFMAN, *The Truth about Originalism*, cit., 40, R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1163 ss.

<sup>95</sup> Sul proposito di Reagan e Bush sr. di ribaltare di *Roe v. Wade*, attraverso la nomina di giudici originalisti e testualisti, si vedano B. ACKERMAN, *We the People, 2. Transformations*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1998, 394 ss.; E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 18 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 249; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 14 ss., 25 ss.; R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1148 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 17 ss., 167 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 85-86, 91 ss., 113-114; ID., *Roe*, cit., 50 ss.

<sup>96</sup> Per quanto riguarda i timori di un *overruling* di *Roe*, si veda P. REIDINGER, *Will Roe v. Wade Be Overruled?*, in *ABA Journal*, n. 7/1988, LXXIV, 66 ss.

<sup>97</sup> 476 U.S. 747 (1986). Sulla decisione, si vedano J.J. KNICELY, *The Thornburgh and Bowers Cases: Consequences for Roe v. Wade*, in *Mississippi Law Journal*, n. 2/1986, LVI, 267 ss.; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 14-15; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 83 ss.; ID., *Roe*, cit., 49-50.

<sup>98</sup> 410 U.S. 179, 208: «I do not read the Court's holdings today as having the sweeping consequences attributed to them by the dissenting Justices; the dissenting views discount the reality that the vast majority of physicians observe the standards of their profession, and act only on the basis of carefully deliberated medical judgments relating to life and health. Plainly, the Court today rejects any claim that the Constitution requires abortions on demand».

<sup>99</sup> 476 U.S. 747, 785: «The soundness of our holdings must be tested by the decisions that purport to follow them. If *Danforth* and today's holding really mean what they seem to say, I agree we should reexamine *Roe*».

<sup>100</sup> 462 U.S. 416 (1983). Sulla decisione si veda A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 65-66; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 13; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 17-18; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 71 ss.; ID., *Roe*, cit., 48.

l'impressione di essere parte di una maggioranza antiabortista. Tuttavia, una lettura più attenta fa emergere chiaramente che la sua *opinion* fa riferimento al superamento della teoria dei tre trimestri affermata in *Roe* e all'*undue burden standard* come mezzo per conciliare uno scrutinio di costituzionalità più deferente nei riguardi del legislatore compatibilmente con la tutela del diritto all'interruzione della gravidanza<sup>101</sup>, tesi che troveranno applicazione nell'*opinion of the Court* nel caso *Casey*.

Un tentativo di rimettere in discussione *Roe* è costituito da *Webster v. Reproductive Health Services* (1989)<sup>102</sup>, riguardante la conformità a costituzione di uno *statute* del Missouri che prevedeva una serie di restrizioni dirette e indirette all'interruzione di gravidanza<sup>103</sup>. Lo *statute* viene salvato dalla mannaia della incostituzionalità, nonostante il contrasto con *Roe* sia evidente. La mancanza di una chiara maggioranza, tuttavia, porta ad una decisione che riflette una Corte divisa al suo interno: l'*opinion of the Court* redatta dal *Chief Justice* Rehnquist è espressione di una maggioranza limitatamente ad alcune sue parti, mentre, rispetto ad altre parti, è una *plurality opinion*, a cui si affiancano le *opinions* concorrenti dei giudici O'Connor e Scalia e le *opinions*, in parte concorrenti e in parte dissenzienti, dei giudici Blackmun e Stevens.

È stato giustamente rilevato che con *Webster* iniziano ad affermarsi interpretazioni restrittive del diritto alla interruzione di gravidanza<sup>104</sup>. Per Tribe e Dorf, *Webster* rappresentava infatti un attacco crescente alle pronunce che trovavano la loro base nelle nozioni di *privacy* familiare e autonomia familiare e libertà di riproduzione<sup>105</sup>. Nel cambiamento rispetto a quanto affermato in *Thornburgh* tre anni prima, un ruolo di primo piano era sicuramente rappresentato dalle tre nomine reaganiane (il giudice Rehnquist promosso a *Chief Justice* al posto del dimissionario Burger, il giudice Scalia al posto di Rehnquist ed il giudice Kennedy al posto del giudice Powell)<sup>106</sup>.

Le divisioni della prima Corte Rehnquist trovano una ulteriore manifestazione nel caso *Hodgson v. Minnesota* (1990)<sup>107</sup>, riguardante la costituzionalità di uno *statute* del Minnesota che prevedeva una notifica obbligatoria a entrambi i genitori di donne di età inferiore a 18 anni, salva la possibilità di rivolgersi ad una corte che autorizzi l'interruzione di gravidanza senza

---

<sup>101</sup> 462 U.S. 416, 466: «For the reasons stated above, I find no justification for the trimester approach used by the Court to analyze this restriction. I would apply the “unduly burdensome” test, and find that the hospitalization requirement does not impose an undue burden on that decision».

<sup>102</sup> 492 U.S. 490 (1989). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 152 ss.

<sup>103</sup> Sulla decisione, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 66 ss.; J.C. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., 200-201; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 79; M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 46; W. DELLINGER, G.B. SPERLING, *Abortion and the Supreme Court: The Retreat from Roe v. Wade*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 1/1989, CXXXVIII, 83 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 17 ss.; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 22 ss.; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 314-315; L.H. TRIBE, *Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in *Harvard Law Review*, n. 1/1989, CIII, 1 ss., spec. 14 ss.; ID., *Abortion*, cit., 20 ss., 172 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 103 ss.; ID., *Roe*, cit., 53 ss.

<sup>104</sup> Cfr. L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 158. Di *Webster* come sentenza di svolta parla anche V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 77-78.

<sup>105</sup> Così L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 70.

<sup>106</sup> Sottolinea questo aspetto R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 209.

<sup>107</sup> 497 U.S. 117 (1990). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 163 ss.

necessità di notifica ai genitori<sup>108</sup>. La Corte Suprema ritiene incostituzionale l'obbligo di notifica ad entrambi i genitori, mentre ritiene invece conforme a costituzione il meccanismo di autorizzazione giudiziale, ma anche in questo caso non emerge chiaramente una maggioranza: così come in *Webster*, alla *opinion of the Court* redatta dal giudice Stevens si affiancano un gran numero di opinioni in parte concorrenti e in parte dissenzienti.

Gli ulteriori avvicendamenti di giudici che si verificano nei mesi successivi (il giudice Souter al posto del giudice Brennan, e il giudice Thomas al posto del giudice Marshall) sembrano spostare gli equilibri in senso ancor più conservatore ed antiabortista. Tuttavia, quando la Corte Suprema decide, nel già citato caso *Casey*, di affrontare nuovamente la questione della legittimità costituzionale di alcune disposizioni del già citato *Pennsylvania's Abortion Control Act*, l'*overruling* di *Roe* fallisce clamorosamente, perché tre dei giudici nominati da Reagan e Bush (O'Connor, Kennedy e Souter) non votano con i loro colleghi dell'ala conservatrice ed antiabortista. Ne risulta anche in questo caso una decisione che riflette una Corte divisa: l'*opinion of the Court* è una mera *plurality opinion* in alcune sue parti (quella sull'*undue burden*, per esempio), a cui si affiancano le opinioni in parte concorrenti e in parte dissenzienti dei giudici Blackmun e Stevens, nonché quella del *Chief Justice* Rehnquist e del giudice Scalia (queste ultime due, più dissenzienti che concorrenti)<sup>109</sup>.

I capisaldi di *Casey* sono, da un lato, la conferma del nucleo essenziale di *Roe*, ovvero sia il diritto alla interruzione di gravidanza come manifestazione della libertà protetta dal XIV Emendamento<sup>110</sup>, e, dall'altro, il superamento della teoria dei tre trimestri, della quale viene denunciata la eccessiva rigidità rispetto alle normative statali ed all'interesse alla protezione della vita potenziale del feto<sup>111</sup>. Diretta conseguenza di questo ultimo capisaldo è la sostituzione con l'*undue burden standard*, affermata per la prima volta dal giudice O'Connor in *Akron*. Conseguenza del primo capisaldo è invece la riaffermazione di *Roe* come precedente vincolante. Tuttavia, come emerge chiaramente dall'*opinion* del giudice

<sup>108</sup> Sulla sentenza *Hodgson*, si vedano E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 24-25; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 199 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 109 ss.; ID., *Roe*, cit., 63-64.

<sup>109</sup> Su *Casey*, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 69 ss.; J.C. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., 201 ss.; V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 80 ss.; M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 46-47; A. CAMPBELL, *A Divisive Issue and a Divided Court: Planned Parenthood v. Casey*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 4/1993, XIII, 571 ss.; E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 176-177; E. DALY, *Reconsidering Abortion Law: Liberty, Equality and the New Rhetoric of Planned Parenthood v. Casey*, in *American University Law Review*, n. 1/1995, XLV, 77 ss.; N. DEVINS, *How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars*, in *Yale Law Journal*, n. 7/2009, CXVIII, 1318 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 158 ss.; ID., *Tanto tuonò che piove*, cit., 19-20; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 208 ss.; P.B. LINTON, *Planned Parenthood v. Casey: The Flight from Reason in the Supreme Court*, in *Saint Louis University Public Law Review*, n. 1/1993, XIII, 15 ss.; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 31 ss.; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 315 ss.; A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., 137 ss.; L.J. WHARTON, S. RIETSCHKE, K. KOLBERT, *Preserving the Core of Roe. Reflections on Planned Parenthood v. Casey*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, n. 2/2006, XVIII, 317 ss.; C. WHITMAN, *Looking Back on Planned Parenthood v. Casey*, in *Michigan Law Review*, n. 7/2002, C, 1980 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 117 ss.; ID., *Roe*, cit., 68 ss.; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., 739 ss.

<sup>110</sup> 505 U.S. 833, 846: «Constitutional protection of the woman's decision to terminate her pregnancy derives from the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. It declares that no State shall "deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law". The controlling word in the cases before us is "liberty"».

<sup>111</sup> 505 U.S. 833, 878-879.

Blackmun, la sostituzione della teoria dei tre trimestri con l'*undue burden* non corregge affatto i difetti di *Roe*, ma finisce per indebolirla<sup>112</sup>.

Per una strana coincidenza, analogamente a quanto accaduto con *Roe*, anche *Casey* ha aperto la via ad una serie di pronunce da parte delle Corti costituzionali europee sempre in tema di interruzione della gravidanza. Va tenuto presente, infatti, che, appena pochi mesi dopo la decisione della Corte Suprema, il *Bundesverfassungsgericht* è stato chiamato a giudicare la legittimità costituzionale della legge approvata nel 1992 che modificava profondamente la materia, liberalizzando, sia pure ad alcune condizioni, il ricorso alla interruzione della gravidanza nei primi tre mesi di vita del feto<sup>113</sup>. Con una decisione un po' capziosa<sup>114</sup>, il Tribunale Costituzionale Federale ha riaffermato le ragioni della tutela della vita del nascituro, ma, a differenza della decisione di 18 anni prima, non ha ritenuto la sanzione penale come conseguenza necessaria di questa tutela, arrivando a definire l'aborto come un qualcosa di illegittimo, ma non penalmente sanzionato<sup>115</sup>.

In Francia, invece, si è verificato un triplice intervento del *Conseil*, in meno di dieci anni. Nel primo di essi, riguardante la conformità a costituzione di un testo legislativo concernente la modifica di alcune disposizioni del codice penale e del codice di procedura penale, e che depenalizzava ogni incriminazione nei riguardi delle pratiche abortive esercitate dalla donna su sé stessa, il *Conseil* riteneva che questa abrogazione non comportava alcuna privazione delle garanzie legali dei principi costituzionali<sup>116</sup>. Nel secondo di essi, il *Conseil* non affronta in modo diretto il tema della interruzione di gravidanza, ma viene comunque chiamato a verificare la compatibilità a costituzione dei testi legislativi sulla bioetica e lo statuto giuridico degli embrioni<sup>117</sup>, evidenziando come le leggi in questione enunciassero un certo numero di principi che tendevano ad assicurare il rispetto del principio costituzionale della salvaguardia della dignità della persona<sup>118</sup>.

Ed è proprio dal conflitto tra il principio della dignità della persona e il diritto all'interruzione di gravidanza che prende le mosse il terzo e ultimo intervento del *Conseil*, riguardante la conformità a costituzione del progetto di legge in materia di contraccezione e interruzione di gravidanza che ampliava la facoltà prevista dalla legge Veil da 10 a 12

---

<sup>112</sup> 505 U.S. 833, 930: «In my view, application of this analytical framework is no less warranted than when it was approved by seven Members of this Court in *Roe*. Strict scrutiny of state limitations on reproductive choice still offers the most secure protection of the woman's right to make her own reproductive decisions, free from state coercion. No majority of this Court has ever agreed upon an alternative approach. The factual premises of the trimester framework have not been undermined, see *Webster*, 492 U. S., at 553 (BLACKMUN, J., dissenting), and the *Roe* framework is far more administrable, and far less manipulable, than the "undue burden" standard adopted by the joint opinion». Per questa ragione, dissento dal giudizio di A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., 2 e 21.

<sup>113</sup> Si veda M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunita*, cit., 8, 19 ss.; ID., *I diritti contesi*, cit., 35.

<sup>114</sup> *Breyer/GE*, 88, 203 (1993). La traduzione in italiano della sentenza è in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunita*, cit., 113 ss.

<sup>115</sup> Su questa decisione, si veda M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunita*, cit., 9 ss., 57 ss.; ID., *I diritti contesi*, cit., 35 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 48 ss.; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit., 418-419.

<sup>116</sup> Cons. const., dec. 21-1-1993, n. 92-317 DC, *considérant* nn. 6 e 10.

<sup>117</sup> Cons. const., dec. 27-7-1994, n. 94-343/344 DC. Si veda anche L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 878 ss.

<sup>118</sup> Cons. const., dec. 27-7-1994, *considérant* n. 18. Si veda anche L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., 890 ss.

settimane<sup>119</sup>. Il *Conseil*, ribadendo che non dispone dello stesso margine di apprezzamento del Parlamento<sup>120</sup>, ritiene che questo allungamento non rompa l'equilibrio posto dalla costituzione tra la libertà della donna che deriva dall'art. 2 della *Déclaration des droit de l'homme et du citoyen*, da un lato, e il rispetto della dignità della persona umana, dall'altro<sup>121</sup>.

### 3.2. Da *Stenberg* a *Dobbs*

Con il nuovo secolo, una Corte Suprema priva dei dimissionari Harry Blackmun e Byron White affronta nuovamente il tema dell'interruzione di gravidanza nel caso *Stenberg v. Carhart* (2000)<sup>122</sup>, in cui viene dichiarato incostituzionale uno *statute* del Nebraska che vietava il c.d. *partial birth abortion*, a meno che non fosse necessario salvare la vita della madre. A posteriori, si può dire che la sentenza *Stenberg* costituisca, in un certo senso, lo *zenith* del diritto della donna a interrompere la gravidanza negli Stati Uniti<sup>123</sup>, dal momento che, dopo di essa, non vi è altro che un susseguirsi di restrizioni sempre più evidenti, sia sul piano legislativo che su quello giurisprudenziale.

In risposta a *Stenberg*, la maggioranza repubblicana del Congresso nel 2003 approva uno *statute* (il c.d. *partial birth abortion ban*) che ribadisce il divieto a livello federale<sup>124</sup>. Tale divieto diviene oggetto di impugnazioni e giunge nuovamente alla Corte Suprema, in quella che è, a tutti gli effetti, la prima decisione della Corte Roberts sull'argomento. Nel caso *Gonzales v. Carhart* (2007)<sup>125</sup>, la Corte dichiara la legittimità costituzionale del *partial birth abortion ban*, suscitando nuovi timori per il ribaltamento di *Roe* e *Casey*, e determinando una dura *dissenting opinion* da parte del giudice Ginsburg<sup>126</sup>, che arriva ad accusare la maggioranza di fare venire meno il criterio della *viability*. È peraltro da evidenziare che, rispetto a *Stenberg*, ci sono due nuovi giudici nomati da George W. Bush, il *Chief Justice* John Roberts e Samuel Alito<sup>127</sup>. Se

<sup>119</sup> Cons. const., dec. 27-6-2001, n. 2001-446 DC. Si vedano anche X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, cit., 339-340; A. HEYMANN-DOAT, *50 libertés et droits fondamentaux*, cit., 138; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit., 420-421.

<sup>120</sup> Cons. const., dec. 27-6-2001, *considérant* n. 4.

<sup>121</sup> Cons. const., dec. 27-6-2001, *considérant* n. 5.

<sup>122</sup> 530 U.S. 914 (2000). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 183 ss.

<sup>123</sup> Sulla sentenza *Stenberg*, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 80-81; M.H. BELSKY, *Privacy*, cit., 49 ss.; E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 179-180; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 25-26; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 39 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 165 ss.

<sup>124</sup> Si veda M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 168 ss., che evidenzia anche (ivi, 152 ss.) come un primo tentativo di introdurre questa normativa ci fosse stato, da parte della maggioranza repubblicana, intorno alla metà degli anni '90, ma il Presidente Clinton aveva posto il veto.

<sup>125</sup> 550 U.S. 124 (2007). Su tale decisione, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 81-82; E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 180 ss.; N. DEVINS, *How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars*, cit., 1344 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 26-27; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 46 ss.; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 320-321; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 176 ss.; ID., *Roe*, cit., 98 ss.

<sup>126</sup> Sulla *dissenting opinion* del giudice Ginsburg, si veda anche A. BARAGGIA, *La dissenting opinion di Ruth Bader Ginsburg in Gonzales v. Carhart*, in T. GROPPi, I. SPIGNO, L.E. RÍOS VEGA (a cura di), *Ruth Bader Ginsburg. La voce della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2023, 39 ss.

<sup>127</sup> Si vedano E. CHERMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 26-27; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 249-250.

la nomina di Roberts al posto di Rehnquist non cambia granché gli equilibri, determinante si rivela la sostituzione del giudice O'Connor con un giudice dichiaratamente antiabortista come Alito.

Se i timori di un *overruling* di *Roe* e *Casey* da parte della Corte Roberts c'erano stati quindi sin dai suoi esordi<sup>128</sup>, una ulteriore conferma di essi sembra emergere qualche anno dopo nel caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores* (2014)<sup>129</sup>, riguardante quella parte dell'*Obamacare* sui servizi contraccettivi (il c.d. *contraceptive mandate*), compresa la pillola del giorno dopo. Con una discutibile decisione redatta dal giudice Alito, la Corte Suprema estende anche alle società di lucro le esenzioni previste per alcune tipologie di enti, quali le Chiese e le organizzazioni religiose e le società senza scopo di lucro ispirate a finalità religiose, ritenendo che la nozione di persona ai sensi del *Religious Freedom of Restoration Act* del 1993 ricomprenda tutta una serie di enti e persone giuridiche (dalle *corporations* alle *companies*, alle *associations*, alle *firms*, alle *partnerships*, ecc.)<sup>130</sup>.

Va detto però che quando la Corte Suprema è tornata ad occuparsi direttamente della interruzione di gravidanza, il paventato *overruling* non si è verificato. In *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016)<sup>131</sup>, e poi in *June Medical Services, L.L.C. v. Russo* (2020)<sup>132</sup>, seppur con una maggioranza assai risicata<sup>133</sup>, la Corte dichiarava incostituzionali rispettivamente uno *statute* del Texas e uno *statute* della Louisiana perché i requisiti richiesti per le cliniche abortive e per gli stessi medici per poter praticare l'interruzione di gravidanza erano considerati troppo rigidi, e, come tali, in contrasto con l'*undue burden standard* affermato nel caso *Casey*. A

<sup>128</sup> Cfr. A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 82, che sottolinea come in *Gonzales* si registri una diversa sensibilità rispetto alle affermazioni contenute in *Roe v. Wade*. Di un attacco frontale alla giurisprudenza precedente e di un potenziale corrosivo del principio dello *stare decisis* parla S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 163.

<sup>129</sup> 573 U.S. 682 (2014). Su questa decisione, si vedano V. FIORILLO, *La riforma sanitaria di Obama e la sentenza Burwell contro Hobby Lobby. Basta un nesso molto indiretto con la libertà religiosa a limitare il diritto alla salute?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (20-7-2014); B. LIBERALI, *Contraceptive mandate e obiezione di coscienza aziendale. L'opinione dissenziente di Ruth Bader Ginsburg e la costruzione di un innovativo paradigma di parità di genere*, in T. GROPPI, I. SPIGNO, L.E. RÍOS VEGA, *Ruth Bader Ginsburg*, cit., 183 ss.; G. ROMEO, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013-2014 e 2014-2015*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2015, 1957 ss., spec. 1974 ss.; M. ZIEGLER, *Roe*, cit., 132 ss.

<sup>130</sup> 573 U.S. 682, 707-708.

<sup>131</sup> 579 U.S. 582 (2016). Su questa decisione, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., 120-121; A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; ID., *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 83 ss.; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 188; E. CHEREGATO, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt (2016)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 21-22; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 210-211; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 53-54; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 321-322; G. ROMEO, L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014-2015 e 2015-2016*, cit., 2323 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 181-182, 198 ss.; ID., *Roe*, cit., 121 ss.

<sup>132</sup> 591 U.S. 1101 (2020). Sulla decisione, si vedano L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, 4453 ss.; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 188; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., 6 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 21 ss.; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 59 ss.; L. PELUCCHINI, *De similibus idem est iudicium: la Corte Suprema statunitense sull'incostituzionalità della legge della Louisiana in materia di aborto*, in *Diritticomparati.it* (29-7-2020); L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, cit., 2432 ss.; M. ZIEGLER, *Roe*, cit., 139 ss.

<sup>133</sup> Nel 2016, si trattava di una Corte Suprema ridotta ad 8 giudici, in virtù della scomparsa di Scalia, e il risultato finale è stato di 5 giudici contro 3 (l'*opinion of the Court* viene redatta dal giudice Breyer, alla quale si associano i giudici Kennedy, Ginsburg, Sotomayor e Kagan). Nel 2020, invece, si tratta di una *plurality opinion* (ovverosia, una opinione con una maggioranza relativa) del giudice Breyer, a cui si associano i giudici Ginsburg, Sotomayor e Kagan), mentre il *Chief Justice* concorre solo nel giudizio, ma non nell'argomentazione.

posteriori, si può dire che le due decisioni abbiano solo prolungato l'agonia di *Roe*, il cui destino però appariva segnato.

Ulteriori segnali dell'emersione di una chiara maggioranza antiabortista si erano avuti con *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* (2018)<sup>134</sup>, riguardante la conformità a costituzione del *Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act* della California (c.d. FACT), che imponeva ai *crisis pregnancy centers* (centri di propaganda *pro-life*) di dare una serie di informazioni sui servizi garantiti, compresa la possibilità di interrompere la gravidanza<sup>135</sup>. La Corte Suprema, con una maggioranza di 5 giudici contro 4 (redattore dell'*opinion of the Court* il giudice Thomas), dichiarava incostituzionali gli obblighi previsti dalla legge per violazione del I Emendamento.

Altro campanello di allarme sulle restrizioni dei diritti riproduttivi era sicuramente la decisione *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania* (2020)<sup>136</sup>, con cui la Corte Suprema aveva confermato un regolamento della Amministrazione Trump che consentiva ai datori di lavoro di opporsi alla copertura sanitaria dei servizi di contraccezione per motivi religiosi. La risicata maggioranza del caso *Russo* e la sostituzione del giudice Ginsburg con il giudice Barrett non promettevano però nulla di buono, ma, anzi, lasciavano supporre che il ribaltamento di *Roe* era solo questione di mesi. Ulteriore segnale dell'uragano che si stava ormai avvicinando sono state alcune decisioni del 2021 sull'obbligo di ritiro in presenza dei farmaci abortivi (*FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists*)<sup>137</sup>, nonché sul diniego delle richieste di sospensione di una legge texana (il *Texas Heartbeat Act*) fortemente restrittiva della interruzione di gravidanza (*Whole Woman's Health v. Jackson*)<sup>138</sup>.

È in questo contesto che si arriva alla impugnazione dello *statute* del Mississippi che vietava l'aborto dopo le prime 15 settimane e della concessione del *writ of certiorari* da parte della Corte Suprema. È interessante notare che l'*opinion of the Court* nel caso *Dobbs* riprende fedelmente l'impostazione della *dissenting opinion* del giudice Rehnquist nel caso *Roe*, corredandola con alcuni capisaldi propri di *Washington v. Glucksberg* (1997)<sup>139</sup>, redatta dallo

<sup>134</sup> 138 S. Ct. 2361 (2018). Si vedano E. CHERMERINSKY, M. GOOWIN, *Constitutional Gerrymandering Against Abortion Rights: NIFLA v. Becerra*, in *New York University Law Review*, n. 1/2019, XCIV, 61 ss.; D. KEE, *Reclaiming Access to Truth in Reproductive Healthcare after National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra*, in *Michigan Law Review*, n. 1/2020, CXIX, 175 ss.; S.R. MONTANEZ, *Pregnant and Scared: How NIFLA v. Becerra Avoids Protecting Women's Reproductive Autonomy*, in *San Diego Law Review*, n. 3/2019, LVI, 829 ss.; L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, cit., 2929-2930; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 203.

<sup>135</sup> Di una aperta ostilità da parte della maggioranza dei giudici nei riguardi dei diritti riproduttivi e di una sostanziale indifferenza nei riguardi dei diritti e degli interessi delle donne parlano E. CHERMERINSKY, M. GOODWIN, *Constitutional Gerrymandering Against Abortion Rights*, cit., 118 ss.

<sup>136</sup> 140 S. Ct. 2367 (2020). Su questa decisione, si vedano T.J. BEAN, R. FRETWELL WILSON, *The Administrative State as a New Front in the Culture War: Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, in *Cato Supreme Court Review*, 2019, 229 ss.; E. CHERMERINSKY, *La Corte Suprema e gli ultimi episodi della culture war su aborto e contraccezione: un commento a Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, in *Dirittocomparati.it* (10-9-2020); L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, cit., 2427-2428.

<sup>137</sup> Docket n. 20A34. Si veda anche A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., 9 ss.

<sup>138</sup> Docket n. 21-463. Si veda anche L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 30 ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., 11-12.

<sup>139</sup> 521 U.S. 702 (1997). La traduzione parziale in italiano è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 203 ss.

stesso Rehnquist<sup>140</sup>. Secondo il giudice Alito, infatti, non si può ritenere che la parola *liberty* contenuta nel XIV Emendamento sia da interpretare nel senso di garantire il diritto alla interruzione della gravidanza<sup>141</sup>, in quanto nella stragrande maggioranza degli Stati ai tempi della ratifica del XIV Emendamento vigevano legislazioni assai restrittive<sup>142</sup>, né, tanto meno, è possibile ritenere il diritto all'interruzione di gravidanza un diritto *deeply rooted* nella storia e nella tradizione costituzionale statunitense, essendo invece oggetto di una ininterrotta tradizione di punizione sul piano della legislazione<sup>143</sup>.

È quindi evidente che il cambiamento da *Hellerstedt* a *Dobbs* sia stato determinato dalle nomine trumpiane<sup>144</sup>: basti pensare, da un lato, alle dimissioni del giudice Kennedy, l'ultimo giudice che aveva partecipato direttamente al caso *Casey*, e che si è dimostrato molto più aperto sui temi della autonomia individuale del suo successore, e, dall'altro, alla morte di Ruth Bader Ginsburg, sostituita da un giudice come Amy Coney Barrett, che, oltre ad essere una convinta antibortista<sup>145</sup>, non ha mai fatto mistero di essere favorevole a superare i precedenti giurisprudenziali delle Corti Warren e Burger<sup>146</sup>. L'abnormità di una simile nomina, a circa un mese dalle elezioni presidenziali, in plateale violazione dei precedenti del 1968 e del 2016 (la sostituzione del *Chief Justice* Warren e del giudice Scalia)<sup>147</sup>, ha portato, per la prima volta nella storia costituzionale statunitense, un candidato giudice a non essere confermato neanche da un esponente della minoranza<sup>148</sup>.

<sup>140</sup> Per una critica dei capisaldi di *Glucksberg*, si vedano C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 322 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 12 ss.; R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1170 ss.

<sup>141</sup> 142 S. Ct. 2228, 2248-2249.

<sup>142</sup> 142 S. Ct. 2228, 2252-2253.

<sup>143</sup> 142 S. Ct. 2228, 2253-2254. Sull'*opinion of the Court* nel caso *Dobbs*, si vedano anche E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 64 ss.; M. WALDMAN, *The Supermajority*, cit., 203 ss.

<sup>144</sup> Molto critici sulle nomine trumpiane in Corte Suprema sono M. PATRONO, A. VEDASCHI, *Donald Trump e il futuro della democrazia americana*, Milano, Boccioni University Press, 2022, 122 ss., secondo cui esse erano finalizzate allo sganciare la Presidenza dalla rete dei controlli previsti dall'ordinamento. Sulle nomine trumpiane, si vedano anche L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, cit., XX ss.; R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1176 ss.; M. WALDMAN, *The Supermajority*, cit., 85 ss.; M. ZIEGLER, *Roe*, cit., 136 ss.

<sup>145</sup> Sulle posizioni del giudice Barrett in materia di aborto, si vedano B. ANDREWS, *No Choice*, cit., 207-208; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 188-189; M. ZIEGLER, *Roe*, cit., 142.

<sup>146</sup> Si vedano A.C. BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in *Texas Law Review*, 2013, XCI, 1711 ss.; ID., *Originalism and Stare Decisis*, in *Notre Dame Law Review*, n. 5/2017, XCII, 1921 ss.; S. BARTOLE, *Stare decisis e Corte Suprema: a proposito della successione di Ruth Bader Ginsburg*, cit., 193-194; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 9. Sul ruolo della Barrett per spostare gli equilibri a favore della maggioranza conservatrice, si veda L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, cit., 2418-2419.

<sup>147</sup> Sul doppio *standard* tenuto dalla maggioranza repubblicana in Senato nei riguardi della successione del giudice Scalia e del giudice Ginsburg, si soffermano E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 7-8; M.J. KLARMAN, *The Supreme Court 2019 Term*, cit., 247-248; R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1177-1178. Sulla nomina del giudice Barrett, si vedano anche C. BOLOGNA, *Parlare con la voce di un giudice: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti*, ne *Il Mulino*, n. 6/2020, 1060 ss.; E.M. MALTZ, *The Long Road to Dobbs*, cit., 62 ss.; A. RIDOLFI, *La nomina del giudice Barrett alla Corte Suprema: una possibile crisi costituzionale?*, in *Luis Open* (1-10-2020); A. SANDULLI, *La tentazione del Court-packing della Corte Suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, cit., 5-6.

<sup>148</sup> Sottolineano questo aspetto C. BOLOGNA, *Parlare con la voce di un giudice*, cit., 1064; L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, cit., XIX.

#### 4. Le critiche dottrinarie a *Roe*

L'*opinion of the Court* nel caso *Roe* è stata oggetto di dure contestazioni sul piano dottrinario, sia da parte conservatrice che da parte progressista<sup>149</sup>. Le dottrine originaliste e testualiste hanno visto in *Roe* una sorta di imperialismo giudiziario. Nella sua opinione dissenziente<sup>150</sup>, il giudice Rehnquist evocava addirittura il fantasma di *Lochner*, accusando la maggioranza di avere fatto propria la *substantive due process doctrine*, oltre che di avere usurpato, con la teoria dei tre trimestri, le prerogative del potere legislativo<sup>151</sup>. A suo avviso, la maggioranza della Corte aveva trovato nel XIV Emedamento un diritto che era ignoto ai suoi autori, se si considera che, all'epoca della sua adozione, erano state approvate ben 37 leggi che ponevano limiti all'aborto, con la conseguenza che essi non intendevano affatto sottrarre agli Stati la potestà legislativa in questa materia<sup>152</sup>.

Tra i più scatenati critici di *Roe* vi è anche il primo paladino dell'originalismo, Robert Bork<sup>153</sup>, secondo cui essa costituiva l'esempio più eclatante dell'uso della *privacy* al solo scopo di far valere libertà sessuali<sup>154</sup>. Bork infatti criticava l'idea stessa di *privacy* fatta propria dalla Corte Suprema sia nel caso *Griswold*<sup>155</sup>, che nel caso *Eisenstadt*<sup>156</sup>, sottolineando come si trattasse di un diritto che non aveva un fondamento testuale. A suo avviso, in tutta l'*opinion*

<sup>149</sup> Sulle critiche a *Roe*, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 54 ss.; E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 187 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 14 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 194 ss.; C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 313-314; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 32 ss.

<sup>150</sup> Traduzioni italiane della *dissenting opinion* di Rehnquist sono in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali*, cit., 102 ss.; G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 145 ss.

<sup>151</sup> 410 U.S. 113, 174: «While the Court's opinion quotes from the dissent of Mr. Justice Holmes in *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 74 (1905), the result it reaches is more closely attuned to the majority opinion of Mr. Justice Peckham in that case. As in *Lochner* and similar cases applying substantive due process standards to economic and social welfare legislation, the adoption of the compelling state interest standard will inevitably require this Court to examine the legislative policies and pass on the wisdom of these policies in the very process of deciding whether a particular state interest put forward may or may not be "compelling". The decision here to break pregnancy into three distinct terms and to outline the permissible restrictions the State may impose in each one, for example, partakes more of judicial legislation than it does of a determination of the intent of the drafters of the Fourteenth Amendment». Per una ricostruzione della sentenza *Lochner v. New York*, sia consentito il rinvio ad A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza Lochner v. New York)*, in *Nomos*, n. 3/2008, 85 ss.

<sup>152</sup> 410 U.S. 113, 174-177: «To reach its result, the Court necessarily has had to find within the scope of the Fourteenth Amendment a right that was apparently completely unknown to the drafters of the Amendment. As early as 1821, the first state law dealing directly with abortion was enacted by the Connecticut Legislature. Conn.Stat., Tit. 22, §§ 14, 16. By the time of the adoption of the Fourteenth Amendment in 1868, there were at least 36 laws enacted by state or territorial legislatures limiting abortion. While many States have amended or updated their laws, 21 of the laws on the books in 1868 remain in effect today. Indeed, the Texas statute struck down today was, as the majority notes, first enacted in 1857, and "has remained substantially unchanged to the present time". *Ante* at 119. There apparently was no question concerning the validity of this provision or of any of the other state statutes when the Fourteenth Amendment was adopted. The only conclusion possible from this history is that the drafters did not intend to have the Fourteenth Amendment withdraw from the States the power to legislate with respect to this matter».

<sup>153</sup> Sulle teorie ermeneutiche di Bork, si vedano E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 3 ss., 34-35; R. DWORKIN, *Bork's Jurisprudence*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 2/1990, LVII, 657 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 68 ss.; S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, II ed., Princeton-Oxford, 2011, 80 ss.; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 74 ss.; L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 91 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 29 ss.

<sup>154</sup> Si vedano R.H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Touchstone, 1991, 111 ss.; ID., *Il Giudice sovrano. Coercing virtue*, tr. it. a cura di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata, Liberilibri, 2002, 55.

<sup>155</sup> ID., *The Tempting of America*, cit., 95 ss.

<sup>156</sup> Ivi, 110-111.

of the Court nel caso *Roe* non vi era traccia di un solo singolo ragionamento giuridico o quantomeno logico, ma solo delle asserzioni secondo cui la *privacy* era sufficientemente estesa da ricomprendere anche il diritto di una donna ad abortire<sup>157</sup>. Per Bork, dalla nascita della Repubblica statunitense sino alla data del 22 gennaio 1973, la decisione su quale tipo di aborto dovesse essere ammesso era lasciata interamente alle legislature statali<sup>158</sup>: la scoperta tardiva del fatto che l'aborto non fosse una questione democratica, ma una questione di diritto costituzionale era così poco plausibile che avrebbe meritato 51 pagine di spiegazioni, ma, a suo avviso, l'*opinion* del giudice Blackmun ne era priva<sup>159</sup>.

Sulla stessa scia di Bork si collocava anche Antonin Scalia<sup>160</sup>, il quale nella sua durissima *opinion* in *Casey* non esitava a parlare di una vacuità del ragionamento giuridico che aveva prodotto *Roe*, tanto che, a suo dire, nonostante 19 anni di inutili sforzi da parte delle menti più brillanti, la Corte non riusciva a spiegare come la parola libertà potesse includere il diritto di distruggere feti umani<sup>161</sup>. Per Scalia, *Roe* aveva distrutto i compromessi del passato e reso impossibile il compromesso per il futuro, creando, per di più, una nuova classe di consumatori di aborto, eliminando l'obbrobrio morale che lo aveva accompagnato<sup>162</sup>. A suo avviso, l'ammissibilità dell'aborto e le sue limitazioni dovevano essere decise nel processo democratico<sup>163</sup>.

D'altra parte, la contrarietà di Scalia non si limitava alle sole *opinions* giudiziali. In un discorso di poco successivo, riguardante il rapporto tra fede e giudizio<sup>164</sup>, quasi a mo' di *excusatio non petita*, Scalia sottolineava che la sua posizione non era affatto determinata dal suo credo religioso, ma semplicemente dall'analisi del testo costituzionale e della tradizione<sup>165</sup>. Nella *Hugo Black Lecture on Freedom of Expression* tenuta alla Wesleyan University

<sup>157</sup> Cfr. ID., *Il giudice sovrano*, cit., 55.

<sup>158</sup> Si veda ID., *The Tempting of America*, cit., 112.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Sulla figura di Scalia, si vedano N.G. CEZZI, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2016, 849 ss.; G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2016, 1191 ss.; D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 1 ss.; G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., spec. 67 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 41 ss.

<sup>161</sup> 505 U.S. 833, 983: «The emptiness of the “reasoned judgment” that produced *Roe* is displayed in plain view by the fact that, after more than 19 years of effort by some of the brightest (and most determined) legal minds in the country, after more than 10 cases upholding abortion rights in this Court, and after dozens upon dozens of *amicus* briefs submitted in these and other cases, the best the Court can do to explain how it is that the word “liberty” *must* be thought to include the right to destroy human fetuses is to rattle off a collection of adjectives that simply decorate a value judgment and conceal a political choice».

<sup>162</sup> 505 U.S. 833, 995: «*Roe*'s mandate for abortion on demand destroyed the compromises of the past, rendered compromise impossible for the future, and required the entire issue to be resolved uniformly, at the national level. At the same time, *Roe* created a vast new class of abortion consumers and abortion proponents by eliminating the moral opprobrium that had attached to the act».

<sup>163</sup> 505 U.S. 833, 979: «The permissibility of abortion, and the limitations upon it, are to be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting».

<sup>164</sup> Cfr. A. SCALIA, *Faith and Judging* (1992), in ID., *Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*, a cura di C.J. Scalia e E. Whelan, New York, Forum Books, 2017, 148 ss.

<sup>165</sup> Ivi, 152, ove soggiunge che, nel caso la sua posizione su *Roe* fosse stata determinata dalla sua fede religiosa, avrebbe dovuto comportare l'affermazione che non solo che la Costituzione permetteva il divieto di abortire, ma addirittura che lo richiedeva.

venti anni dopo<sup>166</sup>, Scalia ribadiva come con *Roe v. Wade* la decisione sull'aborto fosse stata tolta dalla scena democratica<sup>167</sup>.

Va detto che *Roe* non è stata oggetto di condanne solo da parte di giuristi dichiaratamente reazionari e conservatori, ma anche da giuristi progressisti e *liberal*, e persino da giuriste femministe<sup>168</sup>. Per quanto riguarda le reazioni immediatamente successive, assai critico era John Hart Ely in un celebre commento<sup>169</sup>, in cui veniva ugualmente evocato il caso *Lochner*, con una comparazione tra le due decisioni<sup>170</sup>. Pur non condividendo le critiche di Bork alla Corte Warren, Ely riprendeva le tesi di questi sul giudizio costituzionale<sup>171</sup>, sottolineando come la Corte Suprema in *Roe* avesse violato la sua obbligazione di rintracciare nella carta costituzionale le premesse da cui traeva la sua autorità<sup>172</sup>. Secondo Ely, *Roe* era una pessima decisione, perché era cattivo diritto costituzionale, o piuttosto perché non era proprio diritto costituzionale<sup>173</sup>.

Tra le più recenti critiche di matrice progressista, si può citare Guido Calabresi, che rimprovera al giudice Blackmun di avere escluso dall'universo della Costituzione i cattolici irlandesi e italiani e i gruppi di protestantesimo più radicale del Sud degli Stati Uniti nell'affermare che il feto non sia persona, e negando perciò che i valori di cui erano portatori questi gruppi trovasse comprensione o tutela nella Costituzione federale<sup>174</sup>. A suo dire, una decisione che avesse inquadrato il problema come un bilanciamento tra il diritto alla vita del feto e il principio di uguaglianza tra uomo e donna nella gestione del loro corpo e nella gestione della loro vita sessuale, a vantaggio del principio di uguaglianza, non avrebbe comportato per quei gruppi minoritari l'umiliazione di vedere i propri valori non compresi nella Costituzione federale<sup>175</sup>.

Una critica simile a quella di Calabresi è stata avanzata da Robert Burt, che ha accusato *Roe* di essere espressione di una visione gerarchica, anziché di quella concezione dialogica che egli chiama, sulla falsariga delle teorie psicologiche, come modello della interdipendenza<sup>176</sup>. A suo dire, infatti, la Corte avrebbe potuto utilizzare il modello dialogico della interdipendenza nel caso *Vuitch*, cosa che invece non fece, aprendo la strada ad una decisione (*Roe*) che era invece espressione di una modalità gerarchica impositiva<sup>177</sup>. Burt ha contestato anche l'invocazione della *privacy*, poiché, a suo dire, era psicologicamente

<sup>166</sup> Cfr. ID., *The Freedom of Speech* (2012), in ID., *Scalia Speaks*, cit., 201 ss.

<sup>167</sup> Ivi, 208.

<sup>168</sup> Sulla critica femminista a *Roe*, si vedano A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit., 13; ID., *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, Nimesis, 2020, 84 ss.; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 69 ss.

<sup>169</sup> Cfr. J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal*, n. 5/1973, LXXXII, 920 ss.

<sup>170</sup> Ivi, 937 ss.

<sup>171</sup> Ivi, 949.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

<sup>173</sup> Ivi, 947.

<sup>174</sup> Si veda G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano. "Alberico Gentili Lectures"* (Macerata, 19-21 marzo 2012), tr. it. a cura di B. Barbisan, Bologna, Il Mulino, 2013, 62-63.

<sup>175</sup> Ivi, 63.

<sup>176</sup> Sulla distinzione tra modello della gerarchia e modello della interdipendenza, si veda R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 103 ss.

<sup>177</sup> Ivi, 159 e 161.

un atto di difesa, che finiva per imporre un muro tra il sé e l'altro, e niente altro che un modo di sterilizzare un conflitto attraverso un armistizio, il quale, però, proprio per questo era instabile e temporaneo<sup>178</sup>. Invocare la *privacy* come modo di pensare circa l'aborto non forniva un vocabolario coerente a chi partecipava alla discussione e quindi non prometteva niente altro che una infinita diatriba sui valori di fatto incommensurabili<sup>179</sup>.

Per quanto riguardava la dottrina italiana, è interessante notare che anche in Italia le critiche a *Roe* hanno avuto un carattere trasversale. Critico nei riguardi di *Roe* era Giovanni Bognetti, il quale riteneva che la Corte Suprema si fosse attestata su una posizione liberale di tendenza estrema<sup>180</sup>, osservando, inoltre, come le 4 nomine nixoniane di giudici (Blackmun, Burger, Powell e Rehnquist) non avessero minimamente intaccato il *judicial activism* della Corte Warren<sup>181</sup>. A suo avviso, le sentenze sulla interruzione di gravidanza si inquadravano col loro carattere estremo e radicale nella cornice dell'individualismo, di cui si era fatta paladina la Corte Suprema nell'ultimo ventennio<sup>182</sup>.

Proprio la considerazione di questo marcato individualismo, storicamente connaturato al giudiziario statunitense<sup>183</sup>, portava Bognetti ad essere d'accordo con quella parte della *dissenting opinion* del giudice Rehnquist, in cui veniva evocato il precedente di *Lochner* e della giurisprudenza in materia di *liberty of contract*. A suo dire, il paragone più calzante era con *Hammer v. Dagenhart* (1918)<sup>184</sup>, in cui era stato dichiarato incostituzionale uno *statute* che vietava il commercio interstatale di ogni prodotto manifatturiero in cui fossero stati impiegati bambini di età inferiore a 14 anni: così come nella decisione del 1918 la Corte Suprema non aveva esitato ad accettare un pesante sacrificio in termini di salute e di sangue giovanili per promuovere e difendere un estremo ideale (la libertà economica), così ugualmente in *Roe*, per tutelare la libertà delle donne, la Corte accettava un tributo di sangue rappresentato dalla perdita di potenzialità di vita dei feti<sup>185</sup>.

Critico su *Roe* era anche Antonio Baldassarre, che, rifacendosi alla *dissenting opinion* del giudice Black in *Griswold*, sottolineava il pericolo che i vaghi contorni della *privacy* potessero elevare al ruolo di diritti fondamentali interessi la cui dignità costituzionale era problematica<sup>186</sup>. A suo dire, la decisione era oggetto di critiche radicali che meritava

<sup>178</sup> Ivi, 163 ss., ove venivano citati come casi paradigmatici di questo approccio *Dred Scott*, *Plessy* e tutta la giurisprudenza della *Lochner Era*.

<sup>179</sup> Ivi, 167. Burt soggiungeva (ivi, 167-168) che interpretare la discussione in termini relazionali, incentrandola sulla nozione sulla nozione di uguaglianza e di dignità delle donne, avrebbe indirizzato i litiganti verso la possibilità di comprensione condivisa: le dispute circa la praticabilità dell'aborto viste attraverso la lente della uguaglianza e della dignità, infatti, riguarderebbero problemi reali che richiedono un qualche metro di giudizio comune, anziché vuote astrazioni sul fatto che il feto esista o meno.

<sup>180</sup> Si veda G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., 27.

<sup>181</sup> Ivi, 27-28.

<sup>182</sup> Ivi, 32 ss., ove cita esempi di questa tendenza estrema le decisioni della Corte Warren in materia di opinioni sediziose e di manifestazioni oscene.

<sup>183</sup> Ivi, 31-32 e 35.

<sup>184</sup> 247 U.S. 251 (1918). Sulla sentenza, si vedano B. ACKERMAN, *We the People*, 2, cit., 257 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right. A Constitutional History of Property Rights*, III ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, 115; R.A. EPSTEIN, *How Progressives Rewrote the Constitution*, Washington, Cato Institute, 2007, 58 ss.; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 161 ss.; A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America*, cit., 127 ss.

<sup>185</sup> Cfr. G. BOGNETTI, *Scritti scelti*, cit., 36-37.

<sup>186</sup> Si veda A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, cit., 337-338.

ampiamente, anche se poi ammetteva che la spinta della opinione pubblica a favore della interruzione di gravidanza era giunta ai limiti della tolleranza, a causa della arretratezza e della restrittività delle legislazioni statali<sup>187</sup>. Per Baldassarre, *Roe* era molto strana da un punto di vista tecnico, in quanto si trattava di una pronuncia di incostituzionalità che non conteneva in motivazione alcun argomento che poggiava su disposizioni costituzionali, dimostrando, a suo dire, una certa allergia nei riguardi del sillogismo giudiziale<sup>188</sup>.

Baldassarre, in particolare, accusava l'*opinion of the Court* di dimostrare allergia nei riguardi della stessa logica, in quanto, a suo dire, nella sentenza non vi erano altro che una serie di notizie, di informazioni, di asserzioni di fatto e di considerazioni sugli avvenimenti che caratterizzavano la storia e il dibattito extragiuridico sull'aborto, con la conseguenza che chi leggeva l'*opinion* di Blackmun era in grado di sapere molte cose sul passato e sul presente del problema, ma non era in grado di capire in virtù di quale argomento giuridico o di quale norma costituzionale era stato riconosciuto il diritto fondamentale all'aborto<sup>189</sup>. A suo dire, la Corte Suprema costruiva un vero e proprio statuto del diritto all'aborto sulla base di niente altro che le preferenze personali dei singoli giudici, non mascherate neppure da una motivazione adeguata<sup>190</sup>.

## 5. Segue: una critica alle critiche

Dopo aver dato conto delle critiche dottrinarie, credo sia necessario provare a controargomentare a difesa di *Roe* e delle sue motivazioni. Per quanto riguarda l'equiparazione tra *Roe* e *Lochner*, portata avanti dai settori più conservatori e oltranzisti del mondo repubblicano, c'è una differenza fondamentale tra le due decisioni: mentre *Roe* si muoveva sulla scia della giurisprudenza della Corte Warren, ovvero era volta a modernizzare, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità, un tessuto legislativo molto risalente e anacronistico, *Lochner* era una tipica manifestazione di un potere giudiziario che si contrapponeva frontalmente al circuito politico-rappresentativo ed alle sue innovazioni, nel nome di un assolutismo dogmatico. Il paragone con *Lochner* e la *Lochner Era* non va fatto quindi con *Roe*, ma con *Dobbs* e le altre decisioni della Corte Roberts<sup>191</sup>.

In generale, l'accusa mossa a *Roe* sia dai progressisti che dai conservatori di avere usurpato le prerogative del circuito democratico-rappresentativo è espressione di una discutibile visione del rapporto tra democrazia e diritti e dello stesso modello della democrazia costituzionale<sup>192</sup>. Occorre tenere presente infatti che i diritti sono infatti una

<sup>187</sup> Ivi, 342-343.

<sup>188</sup> Ivi, 343.

<sup>189</sup> Ivi, 343 ss.

<sup>190</sup> Ivi, 351.

<sup>191</sup> Sia consentito nuovamente il rinvio ad A. RIDOLFI, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., 13 ss.; ID., «*Roe and Casey are overruled*», cit., 50 ss.

<sup>192</sup> Sulla democrazia costituzionale, si vedano R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012 (e in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013, I, 81 ss.); G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 13 ss.; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, 20 ss.

dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge, e che sono proprio giudici e corti costituzionali i soggetti incaricati di concretizzare la costituzione, affermando i diritti fondamentali in essa contenuti<sup>193</sup>. D'altra parte, come si è avuto modo di osservare a proposito di *Dobbs*, il lasciare la tutela degli *unenumerated rights* al dibattito democratico statale non è altro che un modo ipocrita di negare un diritto, ma senza assumersene la responsabilità<sup>194</sup>.

Quanto alla critica mossa da Guido Calabresi, si può obiettare che in realtà il bilanciamento operato in *Roe* è corretto, così come la negazione del fatto che il feto sia da considerare persona, tanto che è stata ripresa anche nelle altre pronunce delle giurisdizioni europee. D'altra parte, l'affermazione del feto come persona, è una affermazione discutibile sul piano filosofico prima ancora che giuridico<sup>195</sup>, ed è vista come vero e proprio dogma solo dai cattolici e da alcune frange estremiste di protestanti. Il problema semmai è quando una minoranza religiosa voglia imporre i propri valori religiosi a tutti gli altri, negando alla radice quella separazione codificata nel I Emendamento.

Alla ricostruzione di Burt si può obiettare che la argomentazione della incostituzionalità basata sulla vaghezza dello *statute* era stata avanzata dal giudice Blackmun nella prima stesura della *opinion* nel caso *Roe*, ma si voleva evitare proprio il ripetersi del caso *Vuitch*<sup>196</sup>. Quanto alla motivazione basata sulla *privacy*, essa nasce proprio dalla interazione tra Douglas (che l'aveva richiamata nel suo *draft*) e Blackmun. Nel frattempo era intervenuta anche la sentenza *Eisenstadt*, che aveva, in un certo senso, ulteriormente corroborato questa argomentazione. Non si capisce quindi perché il giudice Blackmun avrebbe dovuto adottare una diversa motivazione.

Quanto all'affermazione secondo cui le argomentazioni basate su un approccio di tipo relazionale possono avere una solidità maggiore dal punto di vista giuridico, essa non mi sembra un granchè persuasiva, e, a sua confutazione, si può citare il caso della pena di morte negli Stati Uniti<sup>197</sup>. La Corte Suprema adottò infatti un approccio di tipo relazionale in

<sup>193</sup> Cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., 17.

<sup>194</sup> Si veda A. RIDOLFI, «*Roe and Cassey are overruled*», cit., 17-18.

<sup>195</sup> Sul problema teorico della qualificazione dell'embrione come persona, si vedano G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 17-18; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 329 ss.; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 125-126; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 148 ss.; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 128 ss.; E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2005, 229 ss.; S. MAFFETTONE, *Il valore della vita*, cit., 309 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., 29 ss.; M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 153 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 167-168; F.S. TRINCIA, *Etica e bioetica*, Milano, Franco Angeli, 2008, 130 ss.

<sup>196</sup> Si veda B. SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, cit., 345.

<sup>197</sup> Sulla pena di morte negli Stati Uniti, rinvio a R.V. BARRY, *Furman to Gregg. The Judicial and Legislative History*, in *Howard Law Journal*, n. 1/1979, XXII, 53 ss.; D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi, Cittadella Editrice, 2021, 80 ss.; D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, tr. it. a cura di S. Salardi, Milano, Il Saggiatore, 2013; R.A. STEIN, *The History and Future of Capital Punishment in the United States*, in *San Diego Law Review*, n. 1/2017, LIV, 1 ss.; F.E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, tr. it. a cura di C. De Maglie, Bologna, Il Mulino, 2009.

*Furman v. Georgia* (1972)<sup>198</sup>, in modo da istituire un dialogo con le legislature statali<sup>199</sup>, che però reagirono in senso contrario<sup>200</sup>, costringendo la Corte Suprema ad una clamorosa marcia indietro pochi anni dopo, nel caso *Gregg v. Georgia* (1976)<sup>201</sup>. In *Furman*, forse anche a causa della divisività del tema, la Corte Suprema era talmente frammentata al proprio interno<sup>202</sup> da arrivare al paradosso di avere 9 *opinions* individuali, una per ogni singolo giudice<sup>203</sup>. Lo stesso Burt è conscio del fallimento dell'approccio relazionale, nel momento in cui sembra invocare una decisione definitiva di incostituzionalità della pena di morte per violazione della dignità umana<sup>204</sup>.

Non sembra quindi eccessivo ipotizzare che la scelta di un approccio di tipo relazionale nel caso *Vuitch*, avrebbe molto probabilmente comportato la stessa conclusione del caso *Furman*, ovvero sia un *overruling* a pochi mesi di distanza, di fronte alla durissima reazione delle legislature statali<sup>205</sup>. D'altra parte, come emerge dalla *concurring opinion* nel caso *Dobbs* del giudice Thomas<sup>206</sup>, uno degli obiettivi dichiarati della maggioranza che ha ribaltato *Roe* è anche il ribaltamento di tutta giurisprudenza in materia di diritti civili degli omosessuali, e, *rebus sic stantibus*, è probabile che ciò accada, nonostante il diverso tipo di argomentazione e di approccio adottati rispetto a *Roe*.

Per quanto riguarda il paragone operato da Bognetti, esso mi sembra forzato non solo per l'improbabile difficoltà di paragonare i due giudici dissenzienti, Holmes e Rehnquist, la cui unica cosa in comune era l'essere stati nominati giudici della Corte Suprema da un

---

<sup>198</sup> 408 U.S. 238 (1972). Su questa sentenza, si vedano R.V. BARRY, *Furman to Gregg*, cit., 77 ss.; D. GALLIANI, *La più politica delle pene*, cit., 92-93; D. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., 256 ss.; R.A. STEIN, *The History and Future of Capital Punishment in the United States*, cit., 8 ss.; H. THORNE, *From Backlash to Backtrack: How the Supreme Court Reneged on the Promise of Furman v Georgia*, in *Law & History*, n. 1/2022, IX, 158 ss.; F.E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Capital Punishment and Eight Amendment: Furman and Gregg in Retrospect*, in *University of California Davis Law Review*, n. 4/1985, XVIII, 927 ss.; F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., 123 ss.

<sup>199</sup> Sulla sentenza *Furman* come tentativo dei giudici Stewart e White di istituire un dialogo virtuoso con i legislatori statali insiste G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., 99.

<sup>200</sup> Cfr., in proposito, F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., 292, ove sottolinea che, dopo *Furman*, gli Stati non fecero altro che fornire una nuova definizione dei delitti punibili con la pena capitale, operando una modifica solo di facciata. Sulla resistenza statale, si vedano anche H. THORNE, *From Backlash to Backtrack*, cit., 177 ss.; R.V. BARRY, *Furman to Gregg*, cit., 85 ss.

<sup>201</sup> 428 U.S. 153 (1976). Su questa decisione, si vedano R.V. BARRY, *Furman to Gregg*, cit., 98 ss.; D. GALLIANI, *La più politica delle pene*, cit., 94; D. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., 291 ss.; R.A. STEIN, *The History and Future of Capital Punishment in the United States*, cit., 13 ss.; H. THORNE, *From Backlash to Backtrack*, cit., 181 ss.; F.E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Capital Punishment and Eight Amendment*, cit., 944 ss.

<sup>202</sup> Sulle divisioni della Corte Suprema in materia di pena di morte, si veda D. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., 253 ss.

<sup>203</sup> Cfr. R.A. STEIN, *The History and Future of Capital Punishment in the United States*, cit., 9. Sulle spaccature nel caso *Furman*, si vedano anche F.E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Capital Punishment and Eight Amendment*, cit., 929 ss.; H. THORNE, *From Backlash to Backtrack*, cit., 179-180.

<sup>204</sup> Si veda R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 180.

<sup>205</sup> È appena il caso di ricordare che la decisione *Gregg* vide sgretolarsi la maggioranza che aveva votato a favore di *Furman*: due giudici della maggioranza abolizionista (Stewart e White) votarono a favore della decisione (Stewart fu il giudice che scrisse l'*opinion of the Court*), il giudice Douglas era stato sostituito dal giudice Stevens (uno dei tre giudici che sottoscrissero l'*opinion of the Court*), mentre i giudici Brennan e Marshall confermarono la posizione espressa in *Furman*, finendo in minoranza. Sul cambiamento di posizione dei giudici White e Stewart, si vedano F.E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Capital Punishment and Eight Amendment*, cit., 948 ss.; F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., 124.

<sup>206</sup> Per una critica dell'*opinion* del giudice Thomas, sia consentito nuovamente il rinvio ad A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 29 ss.

Presidente repubblicano<sup>207</sup>, ma anche perché lo stesso Bognetti ammetteva che tra le due sentenze vi era una fondamentale differenza: nel caso del 1918, la legislazione riguardava fanciulli, ovverosia esseri pienamente coscienti, mentre nel caso di *Roe* si trattava di prospettive di vita di esseri che non erano coscienti. D'altra parte, proprio la *concurring opinion* del giudice Douglas nel già citato *Doe v. Bolton* tendeva a mettere in evidenza come ciò che era potenziale non poteva essere equiparato a ciò che era attuale<sup>208</sup>.

Per quanto riguarda la critica di Baldassarre, singolarmente coincidente con quelle di Bork e Scalia, si può ribattere che l'argomentazione basata sulla *privacy* non era una bislacca invenzione di avventuristi del diritto, ma, come si è visto, era stata avanzata nel caso *Vuitch* dal giudice Douglas, il cui progressismo non era affatto minore di quello del giudice Black<sup>209</sup>. Nella sua *concurring opinion* in *Doe v. Bolton*, Douglas ribadiva che i diritti rientranti nel concetto di *liberty* previsto dal XIV Emendamento comprendessero anche la signoria dell'individuo sullo sviluppo e l'espressione dei propri interessi, dei propri gusti e della propria personalità, nonché la libertà dell'individuo nelle decisioni fondamentali della propria vita riguardanti il matrimonio, il divorzio, la procreazione, la contraccezione, e l'educazione e l'allevamento dei propri figli<sup>210</sup>. Certamente, Douglas, provenendo dalla

<sup>207</sup> Holmes è stato uno dei precursori del realismo giuridico, la teoria giuridica *non-interpretivist* per eccellenza, tanto da arrivare a sostenere il carattere "legislativo" delle decisioni giudiziali (per un inquadramento, si veda G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano, Cisalpino, 1958, 21 ss.), mentre Rehnquist è stato un convinto sostenitore dell'*interpretivism* e del testualismo, tanto da arrivare quasi a negare il concetto di *living constitution* (si vedano W.H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, 1976, LIV, 693 ss.; G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., XVIII ss.). In materia di *freedom of speech*, Holmes è stato uno dei massimi esponenti di quella che lo stesso Bognetti chiamava la concezione libertaria, cioè dell'idea che il I Emendamento punisse la parola solo se il discorso avesse la probabilità di provocare un atto materiale illecito (si veda G. BOGNETTI, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana: contributo allo studio dei processi sull'interpretazione giuridica*, Milano, Cisalpino, 1958, 17 ss.; ID., *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo*, cit., 49 ss.), mentre Rehnquist è stato il *leader* riconosciuto della maggioranza conservatrice volta a rovesciare il *trend* espansivo della giurisprudenza delle Corti Warren e Burger (si veda N. STROSSER, *The Free Speech Jurisprudence of the Rehnquist Court*, in *Free Speech Yearbook*, n. 1/1991, XXIX, 83 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 25 ss.; G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., LII ss.). Sulla figura di Holmes, si vedano anche S. DAY O'CONNOR, *Out of Order. Stories from the History of the Supreme Court*, New York, Random House, 2014, 129 ss.; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., 191 ss.; S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, cit., 68 ss.; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 32 ss.

<sup>208</sup> 410 U.S. 179, 217: «We held in *Griswold* that the States may not preclude spouses from attempting to avoid the joinder of sperm and egg. If this is true, it is difficult to perceive any overriding public necessity which might attach precisely at the moment of conception. As Mr. Justice Clark has said: "To say that life is present at conception is to give recognition to the potential, rather than the actual. The unfertilized egg has life, and if fertilized, it takes on human proportions. But the law deals in reality, not obscurity - the known, rather than the unknown. When sperm meets egg, life may eventually form, but quite often it does not. The law does not deal in speculation"».

<sup>209</sup> Sulla qualificazione di Douglas come *liberal* insiste M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, cit., 5-6 e 12. Sulla figura di Douglas, si vedano anche H. BALL, P. COOPER, *Fighting Justices: Hugo L. Black and William O. Douglas and Supreme Court Conflict*, in *The American Journal of Legal History*, 1994, XXXVIII, 1 ss.; S. DAY O'CONNOR, *Out of Order*, cit., 137 ss.; M.I. UROFSKY, *William O. Douglas as a Common Law Judge*, in *Duke Law Journal*, n. 1/1991, XLI, 133 ss.

<sup>210</sup> 410 U.S. 179, 210-211: «The Ninth Amendment obviously does not create federally enforceable rights. It merely says, "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people". But a catalogue of these rights includes customary, traditional, and time-honored rights, amenities, privileges, and immunities that come within the sweep of "the Blessings of Liberty" mentioned in the preamble to the Constitution. Many of them, in my view, come within the meaning of the term "liberty" as used in the Fourteenth Amendment. *First is the autonomous control over the development and expression of one's intellect, interests, tastes, and personality... Second is freedom of choice in the basic decisions of one's life respecting marriage, divorce, procreation, contraception, and the education and upbringing of children*».

grande scuola del realismo giuridico, non era animato dal feticismo testualista del giudice Black<sup>211</sup>, ma questo, a mio avviso, non può essere considerato un difetto<sup>212</sup>.

Una possibile chiave di interpretazione delle durissime critiche rivolte all'*opinion of the Court* nel caso *Roe* è stata avanzata da Stephen Griffin, secondo il quale questo è dovuto in parte al fatto che Blackmun, a differenza di altri giudici prima di lui, non affrontò la sfida decisiva sul giusto procedimento sostanziale<sup>213</sup>. Mi sembra ragionevole pensare che Blackmun abbia volutamente bypassato la questione al fine di ottenere il più ampio consenso possibile, proprio per le difficoltà di coalizzare una consistente maggioranza di giudici su una pronuncia di incostituzionalità. Va tenuto presente infatti che vi erano evidenti differenze tra la posizione del giudice Douglas e quella del *Chief Justice* Burger, come emerge chiaramente dalla lettura delle loro opinioni concorrenti<sup>214</sup>.

D'altra parte, Ronald Dworkin ha evidenziato come l'argomentazione utilizzata da Blackmun nel caso *Roe* sia forte se si assume che la decisione nel caso *Griswold* sia giusta<sup>215</sup>. A suo avviso, una volta che si accetti il caso *Griswold* come buon diritto, ne consegue che le donne hanno un diritto costituzionale alla *privacy* che di principio comprende la decisione non solo di concepire bambini, ma anche di darli alla luce<sup>216</sup>. Per Dworkin, il caso *Griswold*, insieme alle altre decisioni sulle *privacy*, poteva essere giustificato solo assumendo che le decisioni che interessavano il matrimonio e la nascita dei bambini erano così intime e personali che si doveva permettere alle persone, in linea di principio, di prenderle autonomamente, senza vedersi imposta una decisione collettiva da parte della società<sup>217</sup>. In tal senso, proseguiva Dworkin, una decisione sull'aborto era altrettanto privata, se non addirittura di più, di ogni altra decisione protetta dalla Corte Suprema, se non altro perché implicava il controllo della donna non solo sulle proprie relazioni sessuali, ma anche sui cambiamenti del proprio corpo<sup>218</sup>.

A confutazione di queste affermazioni si potrebbe osservare che non tutti i giudici favorevoli a *Griswold* furono favorevoli a *Roe*, e viceversa. Se infatti uno dei giudici dissenzienti in *Griswold*, Stewart, non dissentì in *Roe*, perché, pur continuando a reputare sbagliata *Griswold*, riteneva essere suo dovere seguire quel precedente<sup>219</sup>, uno dei giudici favorevoli in *Griswold*, il giudice White, fu invece uno dei due soli giudici dissenzienti in *Roe*. Tuttavia, si può controbattere che, tra quanto affermato dal giudice White in *Griswold* e in

<sup>211</sup> Sul testualismo del giudice Black come massima espressione di una concezione radicalmente "protestante" insiste S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, cit., 31 ss.

<sup>212</sup> Sul conflitto tra Douglas e Black, si vedano H. BALL, P. COOPER, *Fighting Justices*, cit., 29 ss.; T.E. YARBROUGH, *Justices Black and Douglas: The Judicial Function and the Scope of Constitutional Liberties*, in *Duke Law Journal*, n. 2/1973, 441 ss.

<sup>213</sup> Cfr., in proposito, S. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 296-297, il quale fa riferimento alle *opinions* dei giudici Douglas e Goldberg nel già citato caso *Griswold* ed a quella del giudice Harlan nel caso *Poe v. Ullman* (367 U.S. 497), ribadita poi in *Griswold v. Connecticut*.

<sup>214</sup> Sulla dura contrapposizione tra Douglas e il *Chief Justice* Burger, finanche nello stesso caso *Roe*, si vedano H. BALL, P. COOPER, *Fighting Justices*, cit., 15 ss.

<sup>215</sup> Si veda R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., 146.

<sup>216</sup> Ivi, 145.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

<sup>219</sup> Sottolinea questo aspetto F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., 135.

*Roe*, vi era una piena contraddizione<sup>220</sup>. Va tenuto presente anche che gli altri due giudici che avevano votato a favore di *Griswold* (Brennan e Douglas) ribadirono il loro voto favorevole in *Roe*, perché, nella loro prospettiva, non stavano facendo altro che estendere in lieve misura gli ampi principi di riservatezza e di libertà sostanziale stabiliti nei casi anteriori<sup>221</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive: *Roe* come simbolo

*Roe* è stata ed è tuttora un simbolo. È questa, a mio avviso, la chiave di lettura per capire le molteplici e reiterate polemiche di cui è stato oggetto. Come si è avuto modo di osservare, *Roe* è un simbolo dell'emancipazione femminile, il punto di arrivo di una serie di lotte per affermare la piena disponibilità del proprio corpo<sup>222</sup>. A questo proposito, non si riescono a comprendere le durissime critiche che ha ricevuto da una parte del versante femminista, per alcuni aspetti quasi speculari a quelle ricevute dal fronte antiabortista, e che ne hanno fortemente minato la credibilità. Si potrebbe infatti obiettare che un compromesso – e *Roe* non è stato affatto un compromesso al ribasso, come emerge chiaramente dalla comparazione con le altre decisioni delle corti europee – è pur sempre molto meglio della punizione penale dell'aborto.

In secondo luogo *Roe* è un simbolo anche per quanto riguarda la *countermajoritarian difficulty* e il ruolo del potere giudiziario nella difesa dei diritti, rispetto a un circuito politico-rappresentativo incapace di adeguarsi alle mutate esigenze del tempo<sup>223</sup>. In fin dei conti, *Roe* è stata la più importante decisione della Corte Suprema in materia di autodeterminazione degli anni '70, ed ha aperto la via ad altre storiche decisioni in materia di autodeterminazione individuale anche in altri campi. Quanto all'accusa di essere una decisione antidemocratica<sup>224</sup>, è bene tenere presente che, se non ci fossero alcune state decisioni giudiziali coraggiose, il cammino verso l'emancipazione sarebbe stato assai più impervio. Né, tanto meno, può essere taciuto il fatto che l'*overruling* di *Roe* non ha affatto aumentato

<sup>220</sup> Cfr., in proposito, L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 115, che sottolineano come la posizione del giudice White in *Roe* sia incentrata su principi di *judicial restraint* di fronte all'*opinion* di maggioranza, principi che si sarebbero dovuti applicare ugualmente in *Griswold*.

<sup>221</sup> Si veda F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, cit., 135. In senso simile, si veda L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione*, cit., 115, secondo cui la decisione relativa al caso *Roe* è chiaramente in linea con i casi precedenti *Griswold* ed *Eisenstadt*: se la storia di *Eisenstadt* è una storia della libertà di ciascuno di evitare la maternità prima del concepimento, *Roe* prosegue la storia affermando la tutela di questo diritto anche dopo il concepimento.

<sup>222</sup> Di *Roe* come epicentro di un movimento tellurico che ha cambiato per sempre la vita delle donne e la cultura giuridica occidentale parla M.R. MARELLA, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme* (26-09-2022).

<sup>223</sup> È appena il caso di ricordare che il Congresso è rimasto sostanzialmente inerte dopo *Roe*: l'unica sua azione negli anni immediatamente successivi è stato, anzi, quello di restringere indirettamente il diritto all'interruzione di gravidanza attraverso il c.d. *Hyde Amendment*, che vietava finanziamenti federali per i servizi abortivi. Si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 60 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit., 16-17; L.H. TRIBE, *Abortion*, cit., 151 ss.; M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America*, cit., 27 ss.; ID., *Roe*, cit., 18 ss.

<sup>224</sup> Su questa accusa, oltre alla dottrina già citata, si vedano A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 58-59; A. LAMPARELLO, C. SWANN, *Roe v. Wade*, cit., 199 ss.

il tasso di democraticità dell'ordinamento costituzionale statunitense, ma, anzi, come è stato rilevato da Reva Siegel, lo ha decisamente diminuito, accentuandone gli squilibri<sup>225</sup>.

*Roe* è un simbolo anche per quanto riguarda il conflitto tra *interpretivism* e *non-interpretivism*. *Roe* è infatti una decisione che rigetta il ragionamento giuridico tradizionale basato sul sillogismo e sulla sussunzione, a favore di un'interpretazione aperta ed evolutiva della Costituzione<sup>226</sup>, con un ampio ricorso alla tecnica del bilanciamento<sup>227</sup>. Di conseguenza, si può dire che *Roe*, nel presupporre una idea della Costituzione come documento caratterizzato da principi, e non da regole<sup>228</sup>, è in contrasto con le dottrine originaliste, in quanto queste ultime, nate in reazione alla giurisprudenza liberale della Corte Warren, nel volere negare interpretazioni evolutive e bilanciamenti<sup>229</sup>, finiscono per ridurre l'interpretazione della Costituzione all'interpretazione di una legge<sup>230</sup>, trovando perciò in *Roe* il loro bersaglio preferito<sup>231</sup>.

Proprio per questa attenzione al dato evolutivo, *Roe* si potrebbe comparare a *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954)<sup>232</sup>, la prima storica decisione della Corte Warren. Tuttavia, va detto che se è vero che entrambe sono state bollate come decisioni “attivistiche” da parte

<sup>225</sup> Cfr., in proposito, R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1138, 1194-1195, 1199, ove accusa *Dobbs* di essere una decisione che acuisce il deficit democratico dell'ordinamento costituzionale statunitense.

<sup>226</sup> Il carattere non dogmatico di *Roe* emerge chiaramente sin dalle prime righe dell'*opinion of the Court*, ove viene richiamata quella parte della *dissenting opinion* di Oliver Wendell Holmes nel caso *Lochner*, in cui il grande giudice ammonisce che la Costituzione ha la funzione di garantire la convivenza tra persone con visioni sostanzialmente diverse. Ritengono *Roe* una decisione ispirata dall'idea di *living constitution* A. LAMPARELLO, C. SWANN, *Roe v. Wade*, cit., 200 ss., i quali arrivano a sostenere (ivi, 203) che con questa decisione la Corte Suprema abbia inferto un enorme danno alla sua legittimazione. Per una difesa dell'idea di *living constitution*, si veda E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 178 ss.

<sup>227</sup> Sul ruolo svolto dal bilanciamento nella Corte Burger, si veda R.F. NAGEL, *Liberals and Balancing*, in *University of Colorado Law Review*, 1992, LXIII, 319 ss., che evidenzia anche il grande uso della tecnica del bilanciamento da parte del giudice Blackmun, sin da *Wyman v. James* (400 U.S. 309) del 1971. Sull'uso espansivo del bilanciamento da parte della Corte Burger, si sofferma anche A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 27, ove evidenzia come la Corte Burger torni a fare un grande uso del bilanciamento per estendere la forza progressiva dei diritti fondamentali. Sul bilanciamento, si veda R. BIFULCO, *Introduzione ai diritti costituzionali*, in R. BIFULCO, M. BENVENUTI (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, Volume III. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2022, 1 ss., spec. 34 ss.; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 143 ss.

<sup>228</sup> Sulla fondamentale distinzione tra principi e regole, rinvio a R. BIFULCO, *Introduzione ai diritti costituzionali*, cit., 44 ss.; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., 26 ss.; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 123 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 210 ss.

<sup>229</sup> Sul sistematico rifiuto del bilanciamento da parte dei sostenitori dell'*interpretivism* e dell'*originalismo* si sofferma A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 36 ss., che sottolinea come il ricorso al bilanciamento, nel presupporre la plausibilità e la legittimità di interpretazioni divergenti, costituisce per *interpretivists* e *originalisti*, una vera e propria abdicazione, se non un tradimento, del significato più profondo della funzione giurisdizionale, ovvero sia indicare l'unica risposta corretta. Esempio emblematico di questo sistematico rifiuto del bilanciamento è proprio la sentenza *Dobbs*, dove, come viene fatto chiaramente notare nella *dissenting opinion*, l'interesse dello Stato a disciplinare l'interruzione di gravidanza non viene in alcun modo bilanciato con la libertà della donna. Cfr., in proposito, A. RIDOLFI, «*Roe and Cassey are overruled*», cit., 24.

<sup>230</sup> Si vedano S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, cit., 317; A. RIDOLFI, «*Roe and Cassey are overruled*», cit., 35-36, note 177 e 178. Emblematica, in questo senso, è la netta preferenza che Scalia esprime per le *rules* rispetto agli *standards*, su cui si veda G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 88 ss.

<sup>231</sup> Si veda R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1129, che sottolinea come l'*originalismo* non sia solo un metodo di interpretazione costituzionale, ma una vera e propria pratica politica volta al ribaltamento di *Roe*.

<sup>232</sup> 347 U.S. 483 (1954). La traduzione parziale in italiano è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., 1 ss.

dei sostenitori del minimalismo giudiziale<sup>233</sup>, e se è vero che entrambe sono espressione di concezioni antitetiche rispetto a quelle originaliste<sup>234</sup>, e se è vero che entrambe possono comunque essere lette come casi in cui le corti infrangono i confini sociali esistenti tra oppressore ed oppresso<sup>235</sup>, è altrettanto vero che si tratta di due casi alquanto diversi tra loro, essendo diversi i loro contesti, con la conseguenza che difendere una non necessariamente implica anche difendere l'altra<sup>236</sup>.

*Roe* è anche un simbolo di due differenti concezioni del mondo e conseguenti visioni del diritto, rappresentate rispettivamente dai giudici Harry Blackmun (redattore dell'*opinion of the Court*) e William Rehnquist (autore della *dissenting opinion*). Entrambi repubblicani, entrambi protestanti, entrambi nominati dallo stesso Presidente (Richard Nixon), Blackmun e Rehnquist sono portatori di due filosofie giudiziarie antitetiche che si scontrano più volte nei 22 anni di permanenza comune in Corte Suprema<sup>237</sup>. Comparando le due *opinions*, emerge chiaramente la natura liberale e moderata della filosofia giudiziaria di Blackmun, rispetto a quella conservatrice ed estremista di Rehnquist<sup>238</sup>: non è un caso che Blackmun si avvalga della storia come mezzo per relativizzare le costruzioni dogmatiche, mentre Rehnquist, nella ricerca del significato della parola *liberty* contenuta nel XIV Emendamento, anticipi invece l'uso reazionario e dogmatico della storia proprio dell'originalismo.

D'altra parte che l'ontologica differenza tra le due visioni del mondo comporti una conflittualità sempre più evidente con il passare degli anni è niente altro che una logica conseguenza della prima. Basti pensare, in effetti, alla già citata *Webster*, dove i due giudici polemizzano duramente tra loro sull'interpretazione della *privacy* accolta in *Griswold* e ribadita in *Roe*: mentre Blackmun accomuna le due decisioni per sostenere l'esistenza di un diritto non enumerato alla *privacy*, Rehnquist invece tende a distinguerle nettamente<sup>239</sup>. Basti

<sup>233</sup> Sulle critiche a *Brown* da parte dei sostenitori del *judicial restraint* (in primo luogo, Herbert Wechsler), si vedano G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 69 ss.; M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., 505 ss.; G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 57-58.

<sup>234</sup> Su *Brown* come decisione radicalmente antitetica ad ogni forma di originalismo, sia nuovamente consentito il rinvio ad A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*», cit., 21 ss.

<sup>235</sup> Si veda, in proposito, R.A. BURT, *Libertà e giustizia per tutti*, cit., 137.

<sup>236</sup> Sulla distinzione tra *Roe* e *Brown*, si veda D.A. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch*, cit., 212-213. Basti pensare anche a John Hart Ely, il cui *Democracy and Distrust* è volto a difendere la giurisprudenza della Corte Warren, ma non lesina critiche a *Roe*. Molto critica nei riguardi della posizione di Ely è R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1152 ss.

<sup>237</sup> Su questa contrapposizione, si veda J. DAVIDS, E. GUSTAFSON, S. ARRINGTON, *Clashing Worldviews in the U.S. Supreme Court: Rehnquist vs. Blackmun*, Lanham-Boulder-New York-London, Lexington Books, 2020. Sulla singolare figura del giudice Blackmun, rinvio a T.E. YARBROUGH, *Harry A. Blackmun: The Outsider Justice*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008. Sulla figura di Rehnquist e sulla sua filosofia giudiziaria, invece, si veda G. BUTTÀ, *Presentazione*, in ID., *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., VII ss.

<sup>238</sup> Che la visione di Rehnquist sia conservatrice ed estremista nel suo dogmatismo e formalismo emerge chiaramente anche nel caso *Cruzan v. Missouri Department of Health* (497 U.S. 261) del 1990, dove, a nome della Corte, sulla base di un astratto dovere dello Stato di tutelare la vita, rigetta la richiesta dei genitori di Nancy Cruzan, caduta in stato vegetativo permanente a seguito di un incidente automobilistico, di staccare le macchine che la tenevano artificialmente in vita. L'astrattismo della posizione di Rehnquist viene duramente contestato dai giudici Stevens e Brennan, che sottolineano come non esista un interesse astratto dello Stato alla tutela della vita che prescindere dalle persone concrete. Sulla sentenza *Cruzan*, si vedano F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, tr. it. a cura di G. Bongiovanni, e G. Palombella, Bari, Dedalo, 2004, 162 ss.; M. ZIEGLER, *Beyond Abortion*, cit., 166-167, 182 ss.

<sup>239</sup> Cfr. J. DAVIDS, E. GUSTAFSON, S. ARRINGTON, *Clashing Worldviews in the U.S. Supreme Court*, cit., 235 ss.

pensare anche alla decisione *DeShaney v. Winnebago County* (1989)<sup>240</sup>, dove, per protestare contro l'interpretazione del XIV Emendamento fatta propria dall'*opinion of the Court* redatta da Rehnquist, Blackmun scrive una breve e durissima opinione dissenziente in cui accusa la maggioranza della Corte di sterile formalismo e di scarsa empatia nei confronti di Joshua DeShaney<sup>241</sup>, un bambino irresponsabilmente lasciato dai servizi sociali in custodia a un padre violento, che lo picchia così brutalmente da mandarlo in coma e da procurargli lesioni cerebrali<sup>242</sup>.

A mio avviso, invece, non è corretto identificare nella filosofia giudiziaria di Blackmun un sostegno all'attivismo giudiziario, e in quella di Rehnquist un sostegno al *judicial restraint*, se non altro perché il richiamo di Rehnquist al *judicial restraint* è strumentale, e si applica solo in alcuni campi, e non in altri: mentre viene teorizzato il *judicial restraint* in materia di nuovi diritti<sup>243</sup>, in materia di federalismo e di *commerce clause* quello di Rehnquist è un attivismo sfrenato<sup>244</sup>, volto a ripristinare concezioni abbandonate con il *New Deal*, come dimostrano chiaramente le decisioni in cui è stato redattore dell'*opinion of the Court*, da *National League of Cities v. Usery* (1976)<sup>245</sup>, a *United States v. Lopez* (1995)<sup>246</sup>, sino a *United States v. Morrison* (2000)<sup>247</sup>.

<sup>240</sup> 489 U.S. 189 (1989). Su questa decisione, si vedano E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 182 ss.; J. DAVIDS, E. GUSTAFSON, S. ARRINGTON, *Clashing Worldviews in the U.S. Supreme Court*, cit., 131 ss.; L.H. TRIBE, *Curvature of Constitutional Space*, cit., 8 ss.

<sup>241</sup> 489 U.S. 189, 212: «Today, the Court purports to be the dispassionate oracle of the law, unmoved by “natural sympathy”. *Ante*, at 202. But, in this pretense, the Court itself retreats into a sterile formalism which prevents it from recognizing either the facts of the case before it or the legal norms that should apply to those facts. As JUSTICE BRENNAN demonstrates, the facts here involve not mere passivity, but active state intervention in the life of Joshua DeShaney-intervention that triggered a fundamental duty to aid the boy once the State learned of the severe danger to which he was exposed. The Court fails to recognize this duty because it attempts to draw a sharp and rigid line between action and inaction. But such formalistic reasoning has no place in the interpretation of the broad and stirring Clauses of the Fourteenth Amendment». Si veda anche L.H. TRIBE, *Curvature of Constitutional Space*, cit., 9.

<sup>242</sup> 489 U.S. 189, 213: «Poor Joshua! Victim of repeated attacks by an irresponsible, bullying, cowardly, and intemperate father, and abandoned by respondents who placed him in a dangerous predicament and who knew or learned what was going on, and yet did essentially nothing except, as the Court revealingly observes, *ante*, at 193, “dutifully recorded these incidents in [their] files”. It is a sad commentary upon American life, and constitutional principles- so full of late of patriotic fervor and proud proclamations about “liberty and justice for all” - that this child, Joshua DeShaney, now is assigned to live out the remainder of his life profoundly retarded. Joshua and his mother, as petitioners here, deserve-but now are denied by this Court -the opportunity to have the facts of their case considered in the light of the constitutional protection that 42 U. S. C. § 1983 is meant to provide». Si veda anche E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 184.

<sup>243</sup> Cfr. G. BUTTÀ, *Presentazione*, cit., XXX ss.

<sup>244</sup> Sul ruolo svolto da Rehnquist nella restrizione della *commerce clause* e nel ritorno a concezioni ottocentesche del federalismo, si vedano J.C. BARRON, C.T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutsbell*, cit., 78-79, 85 ss.; R. BIFULCO (a cura di), *Ordinamenti federali comparati, I. Gli Stati federali ‘classici’*, Torino, Giappichelli, 2010, 234; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II*, cit., 221; G. BUTTÀ, *Presentazione*, cit., XLI ss.; E. CHEMERINSKY, *Worse Than Nothing*, cit., 194 ss.; J.W. ELY JR., *The Guardian of Every Other Right*, cit., 144-145; R.A. EPSTEIN, *How Progressives Rewrote the Constitution*, cit., 74 ss.; R.P. GEORGE, G.V. BRADLEY, *Outer Limits: The Commerce Clause and Judicial Review*, in B.P. WILSON, K. MASUGI (a cura di), *The Supreme Court and American Constitutionalism*, Lanham-Boulder-New York-Oxford, Rowan & Littlefield, 1998, 195 ss.

<sup>245</sup> 426 U.S. 833 (1976). La traduzione italiana parziale è in J. GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., 319 ss.

<sup>246</sup> 514 U.S. 549 (1995). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 492 ss.

<sup>247</sup> 529 U.S. 598 (2000). La traduzione italiana parziale è in G. BUTTÀ, *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, cit., 552 ss.

In conclusione, si può ben dire che *Roe* rappresenta perfettamente tutte le contraddizioni degli Stati Uniti dei primi anni '70. Proprio perché simbolo, non credo che *Roe* possa essere archiviata e messa da parte. Secondo Reva Siegel, è solo recuperando le radici di *Roe*, e la considerazione che il diritto alla interruzione di gravidanza non sia stato creato dalla Corte Suprema, ma sia stato il prodotto di lotte dal basso che concernevano la libertà e l'uguaglianza delle donne che appare chiaro che la attuale Corte Suprema non possa distruggere completamente ciò che non ha creato<sup>248</sup>. Certamente, *Dobbs* comporta un cambiamento di strategia per quanto riguarda la tutela della autodeterminazione della donna<sup>249</sup>, innescando un forte contenzioso tra diritto federale e diritto statale<sup>250</sup>, e determina anche un aumento delle disuguaglianze<sup>251</sup>. Ma ben difficilmente contribuirà alla cancellazione di *Roe* dalla memoria collettiva.

---

<sup>248</sup> Si veda R.B. SIEGEL, *Memory Games*, cit., 1204.

<sup>249</sup> Si veda C.J. PETERSEN, *Women's Right to Equality and Reproductive Autonomy*, cit., 330 ss.

<sup>250</sup> Ivi, 335 ss.

<sup>251</sup> Ivi, 341 ss.