

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ELENA FALLETTI

Una marcia indietro lunga cinquant'anni:
la sentenza della Corte Suprema americana
Dobbs v. Jackson in tema di aborto

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
23 gennaio 2023

Una marcia indietro lunga cinquant'anni: la sentenza della Corte Suprema americana *Dobbs v. Jackson* in tema di aborto

Sommario

1. Introduzione: una decisione con valenza extragiuridica. 2. Il possibile passaggio di consegne tra la dottrina dell'*incorporation* e la dottrina originalista. 3. *History and/or Law?* La visione di retroguardia della *majority opinion*. 4. Gli alfieri del nuovo corso: le *concurring opinion* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts. 5. L'arrocco dei Justice dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor. 6. L'intricato mosaico normativo post-*Dobbs v. Jackson* e la risposta del corpo elettorale. 7. Conclusioni.

Abstract

Lo scopo dell'articolo è di analizzare il contesto e i contenuti della sentenza della Corte Suprema statunitense *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* che ha effettuato l'overruling dei precedenti federali *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey* negando la copertura della Costituzione e del Bill of Rights sugli abortion rights. In particolare viene enucleato il rapporto tra la dottrina dell'incorporation e quella della lettura originalista del testo costituzionale, per proseguire nell'indagine delle diverse opinioni depositate dai Supremi e verificare la ricostruzione del quadro giuridico statunitense in vigore successivamente alla emanazione della decisione *Dobbs*. Infine vengono elaborate alcune riflessioni comparatistiche in relazione con l'ordinamento italiano in materia.

This article aims to analyse the context and contents of the US Supreme Court's decision Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. This ruling overruled the federal precedents Roe v. Wade and Planned Parenthood v. Casey refusing the Constitution and Bill of Rights coverage on abortion rights. In particular, this article focuses on the relationship between the interpretation of the incorporation doctrine and the originalist one of the American Constitution. It continues investigating the opinions filed by the Supreme Court Justices and verifying the US legal framework in force after the Dobbs decision has been delivered. Finally, some comparative reflections are elaborated on the Italian legal system on this subject.

* Ricercatrice di diritto privato comparato presso Università Carlo Cattaneo, LIUC. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione: una decisione con valenza extragiuridica

L'America è un grande Paese, si pensava abbastanza vasto da contenere tutte le sue contraddizioni, invece le recenti decisioni della Corte Suprema¹ hanno dimostrato che lo spazio disponibile² sembra essersi ridotto. Dopo le nomine dei *Justice* Gorsuch, Kavanaugh, Coney Barrett da parte della Presidenza Trump³, in sostituzione rispettivamente del defunto Scalia, del ritirato Kennedy e della scomparsa Bader Ginsburg, nella Corte Suprema sembra essersi stabilmente formata una maggioranza che vede i sei *Justice* conservatori originalisti contrapposti ai tre di orientamento *liberal*⁴.

La sentenza *Dobbs v. Jackson* è certamente rappresentativa di tale antinomia, infatti la profonda divergenza tra le opinioni in seno alla Corte è stata resa pubblica dalla divulgazione della bozza dell'opinione di maggioranza, clamorosamente diffusa dall'organo di informazione *Politico* il 2 maggio 2022, anticipando l'acceso dibattito sui suoi contenuti, nell'evidente tentativo, comunque fallito, di influenzare i giudici attraverso la pressione dell'opinione pubblica⁵.

Con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁶ la Corte Suprema degli Stati Uniti ha effettuato l'*overruling* delle note sentenze *Roe v. Wade*⁷ e *Planned Parenthood v. Casey*⁸ che garantivano a livello federale in tutti gli Stati Uniti il diritto alla donna di abortire quale espressione della *Due Process Clause* contenuta nel Quattordicesimo Emendamento approvato nel 1868. Il contenzioso che ha causato tale *overruling* riguarda il *Gestational Age Act* promulgato dallo Stato del Mississippi nel 2018⁹, il quale rende l'aborto illegale dopo la quindicesima settimana di gestazione, esclusi specifi-

- 1 Oltre a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, si segnalano tra le più recenti: *Vega v. Tekoh* (in materia di autoincriminazione ai sensi del *V Amendment*), *Kennedy v. Bremerton School District* (in materia di libertà religiosa ai sensi del *I Amendment*), *New York State Rifle & Pistol Association, Inc., Et Al. V. Bruen, Superintendent Of New York State Police, Et Al.* (relativa libera circolazione armati ai sensi del *II Amendment*); *Carson, as Parent and Next Friend of O. C., Et Al. V. Makin* (riguardante l'educazione scolastica in istituti religiosi ai sensi del *I Amendment*), *West Virginia v. EPA* (sulle competenze dell'EPA, l'*Environment Protection Agency*).
- 2 E. Foner, *Storia della libertà americana*, trad. it. A. Merlino, Donzelli, Roma, p. 77.
- 3 L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal/Rivista di Biodiritto*, 2022, 3, p. 41; A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, 2, p. 44 ss.; L. Testa, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2021, p. 2417; Id., *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2017-2018 e 2018-2019*, *ibidem*, 2019, p. 2917; G. Romeo, L. Testa, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2014/2015 e 2015/2016*, *ibidem*, 2017, p. 2303.
- 4 Siffatta divisione tra una maggioranza di 6 giudici conservatori e una minoranza di 3 liberal sembra essere mantenuta dalla nomina di Ketanji Brown Jackson, di orientamento liberal, nominata dal Presidente Joseph R. Biden Jr. in sostituzione del ritirato *Justice* Breyer. L'avvicendamento tra i due giudici è avvenuto il 30 giugno 2022.
- 5 Il *leak* del testo dell'opinione di maggioranza riguarderebbe altresì il tentativo di delegittimare la Corte Suprema e il suo ruolo istituzionale nel quadro del *check and balance* statunitense (P. Farhi, J. Barr, *Politico scoop on Supreme Court draft opinion triggers media intrigue*, in *Washington Post*, 3.5.2022; J. H. Tanne, *US abortion: Leaked document shows Supreme Court plans to overturn rights*, in *BMJ*, 2022, p. 377; R. B. Reingold, L. O. Gostin, *The leaked Supreme Court ruling opinion: implications for abortion access*, in *JAMA*, 2022, 328(1), pp. 13-14).
- 6 597 U.S. ___ (2022), consultabile su https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.
- 7 410 U.S. 113 (1973).
- 8 505 U.S. 833 (1992).
- 9 A. Canepa, *Considerazioni a margine della sentenza "Dobbs" della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?* in *Corti Supreme e Salute*, 2022, pp. 393-427.

ci casi, quali il pericolo di vita della madre¹⁰.

Si tratta di una decisione che ha provocato reazioni contrapposte sia per i suoi effetti giuridici, avendo escluso la tutela costituzionale federale del diritto di abortire, sia per le argomentazioni extra-giuridiche soprattutto storiche, politiche e sociali ritenute rappresentative di una visione di retroguardia. Infatti, la *majority opinion* sembrerebbe trarre linfa dai valori espressi dai *Founding Fathers* e dalla Rivoluzione Americana, ma in realtà manifesta una profonda lacerazione politica e sociale, difficile da sanare, dato che non sembrano esserci punti in comune tra posizioni conservatrici e quelle *liberal* sulla questione.

Nella ricostruzione del legame tra i ragionamenti della *majority opinion* e la teoria originalista, di cui si tratterà in seguito, traspare che già dai tempi della Rivoluzione Americana il genere costituiva un significativo limite al godimento dei pieni benefici della libertà conquistata dopo l'indipendenza dall'Inghilterra. Infatti, secondo l'ideologia della "maternità repubblicana"¹¹, che emerse come risultato dell'indipendenza, alle donne veniva affidato un solo ed esclusivo obbligo politico, seppur indispensabile, cioè il compito di allevare i futuri cittadini, trasmettendo saggezza politica nei loro figli e nei loro alunni. Tale orientamento, pur negando il coinvolgimento diretto delle donne nella politica attiva, incoraggiava la loro istruzione, specialmente pedagogica¹².

In questo quadro è possibile intravedere una relazione tra il profondo radicamento contro l'aborto che caratterizza la parte più conservatrice della sfera pubblica americana¹³ e l'ideologia della maternità repubblicana¹⁴, presente ancora oggi¹⁵. Alla luce di ciò, la *majority opinion* espressa in *Dobbs v. Jackson* assume un senso (*che chi scrive non condivide*) sia da un punto di vista politico, sia religioso (*il quale però si mimetizza tra le righe di questa decisione*).

2. Il possibile passaggio di consegne tra la dottrina dell'incorporation e la dottrina originalista

La decisione *Dobbs* pone radicalmente in discussione il ruolo della privacy, dell'autodeterminazione e della libertà personale della gestante che intenda accedere ad un aborto, affermando che i suddetti diritti non trovano fondamento nel testo costituzionale, in particolare nel Quattordicesimo Emendamento. Invero, i precedenti *Roe* e *Casey* incardinavano la loro *ratio decidendi* su due principi protetti da siffatto emendamento, cioè rispettivamente la privacy e la libertà autodeterminativa. Nella *majority opinion* ciò viene negato aggiungendo che privacy e autodeterminazione non sono riconosciute neppure dalla tradizione interpretativa precedente al 1973, cioè l'anno in cui *Roe v. Wade* venne pubblicata, né nella storia della Nazione americana.

10 In Italia, l'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194 stabilisce questo limite entro i 90 giorni di gestazione.

11 L. Kerber, *The republican mother: Women and the enlightenment-an American perspective* in *American Quarterly*, 28(2), 1976, pp. 187-205; D. Sherman, *Virtuous Expectations: Republican Motherhood and True Womanhood in the Early Republic*, in A. K. Frank, P. C. Mancall (eds.), *Early Republic: People and Perspectives*, ABC-CLIO, Santa Barbara, Denver, Oxford, 2008, pp. 59-79. Per l'analisi della reviviscenza di siffatta ideologia, M. Rose, M. O. Hatfield, *Republican Motherhood Redux?: Women as Contingent Citizens in 21st Century America*, in *Journal of Women, Politics & Policy*, (2007) 29:1, pp. 5-30.

12 L. Kerber, *The republican mother*, cit.

13 N. Beisel, T. Kay, *Abortion, race, and gender in nineteenth-century America*, in *American Sociological Review*, 69(4), 2004, pp. 498-518.

14 E. Foner, *op. cit.*, p. 67.

15 H. H. Williams, *Just Mothering: Amy Coney Barrett and the Racial Politics of American Motherhood*, in *Laws*, 2021, 10(2), p. 36.

Si comprende la portata demolitoria della decisione *Dobbs* partendo dalla critica ivi presente sulla protezione della privacy. Va però osservato che la ricostruzione sistematica stigmatizzata dal *Justice Alito* trova sì il suo fondamento nella privacy, ma essa è antecedente alla decisione *Roe*, anzi quest'ultima è uno dei frutti più succosi della c.d. teoria dell'*incorporation*¹⁶. In realtà, tale dottrina ha origini più risalenti: il primo caso in cui l'*incorporation doctrine* venne applicata dalla Corte Suprema fu *Twining v. New Jersey*¹⁷. In tale decisione si stabilì la possibilità "che alcune delle libertà protette nei confronti del governo nazionale dai primi otto emendamenti siano anche protette nei confronti delle azioni degli Stati, perché un loro diniego sarebbe un diniego del due process of law"¹⁸. Ciò per il fatto che i diritti contenuti nei primi otto emendamenti sono di una natura tale che devono essere inclusi, ovvero "incorporati" nella *Due Process Clause*¹⁹, rendendoli applicabili anche nei confronti degli Stati. Tale riconoscimento attribuì natura sostanziale alla *Due Process Clause*.

A questo punto le opinioni si divisero: coloro che sostenevano la "*selected incorporation*" privilegiavano i principi dell'autogoverno statale mantenendo gli Stati liberi dalle interferenze del potere federale; mentre, all'opposto, i fautori della "*total incorporation*" asserivano che le violazioni del *Bill of Rights* operate dagli Stati erano così gravi da non poter essere tollerate sulla base della formale distinzione tra potere statale e federale²⁰.

Nonostante siffatto dibattito, la teoria dell'*incorporation* ebbe un significativo seguito. Ci si riferisce all'ampliamento interpretativo dei diritti fondamentali effettuato dalla Corte presieduta dal *Chief*

16 Siffatta decisione riguarda un procedimento penale in cui il rifiuto di testimoniare dell'imputato era stato considerato dalla giuria come elemento di colpevolezza, nonostante le garanzie del Quinto Emendamento, la cui applicabilità era stata negata dalla Corte Suprema (F. Micheli, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, p. 6 ss.).

17 211 U.S. 78 [1908].

18 211 U.S. 99 [1908].

19 F. Micheli, *Diritti fondamentali*, cit. Per una sintetica ricostruzione storica, si veda R. Johnson, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, in *The Political Quarterly*, 2022, pp. 612-619.

20 Questo passaggio ebbe il risultato pratico di riconoscere la natura sostanziale dei diritti contenuti nei primi otto emendamenti della Costituzione ed estese il dibattito su quali diritti dovessero essere incorporati in siffatta interpretazione sostanziale: da un lato il *Justice* della Corte Suprema Hugo Black era il principale fautore della "*total incorporation*" secondo cui tutti i diritti contenuti nel *Bill of Rights* dovevano essere inclusi nella *Due Process Clause*, anche se di natura sostanziale. Dall'altro lato, i *Justice* Cardozo e Frankfurter affermavano che solo i principi di giustizia radicati nella tradizione e nella coscienza del popolo americano potessero assumere siffatta valenza (F. Micheli, *op. cit.*). Tuttavia, sullo sfondo di tale questione giuridica si presentava nuovamente il nodo irrisolto della concezione del federalismo e del potere giudiziario americani, facendo leva esclusivamente sulla necessità di preservare l'assetto istituzionale originale (F. Micheli, *op. cit.*). Nell'ampia pubblicistica si segnalano: T. E. Yarbrough, *Justice Black, the Fourteenth Amendment, and Incorporation*, in *U. Miami L. Rev.*, 30, 1975, p. 231 ss.; R. Berger, *Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment: A Nine-Lived Cat*, in *Ohio St. LJ*, 42, 1991, p. 435 ss.; A. R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *Yale LJ*, 101, 1991, p. 1193 ss.; L. Rosenthal, *The New Originalism Meets the Fourteenth Amendment: Original Public Meaning and the Problem of Incorporation*, in *J. Contemp. Legal Issues*, 18, 2009, p. 361 ss.; J. Green, *Fourteenth Amendment Originalism*, in *Md. L. Rev.*, 71, 2011, p. 978 ss.; T. Colby, *Originalism and the Ratification of the Fourteenth Amendment*, in 107 *Nw. U. L. Rev.* 1627 (2012-2013); R. Boldt, D. Friedman, *Constitutional Incorporation: A Consideration of the Judicial Function in State and Federal Constitutional Interpretation*, in *Md. L. Rev.*, 76, 2016, p. 309 ss.; J. K. Goldstein, *Teaching the Transformative Fourteenth Amendment*, in 62 *St. Louis U. L.J.* 581 (2017-2018), p. 581 ss.; M. Zuckert, *On the Fourteenth Amendment: A Textual Analysis*, in *Perspectives on Political Science*, 48(4), 2019, p. 246-251; R. E. Barnett, E. D. Bernick, *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit*, Harvard University Press, Cambridge – London, 2021, *passim*; K. T. Lash, *Respeaking the Bill of Rights: A New Doctrine of Incorporation*, in *Ind. LJ*, 2022, 97, p. 1439 ss.

Justice Earl Warren, in particolare nella decisione *Griswold v. Connecticut* del 1965²¹. Essa rappresentava la concretizzazione della dottrina della c.d. "incorporation" con la quale le tutele del *Bill of Rights* venivano integrate nella *Due Process Clause*²².

La decisione *Griswold* era stata innovativa nel delineare un concetto di privacy che fosse più ampio del "right to be alone" elaborato da Samuel Warren e Louis Brandeis nel memorabile articolo pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1890²³, nonché riguardasse una piena tutela dell'autodeterminazione individuale²⁴ scorporando la privacy quale diritto accessorio della proprietà²⁵. In questo senso, la Corte Suprema si riferiva a diversi precedenti dai quali aveva enucleato un diritto non esplicitamente previsto, come il diritto di associazione ricavato dal Primo Emendamento²⁶. Secondo la Corte Warren "specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help and give them life and substance"²⁷.

Ne conseguiva che, seppure il diritto alla privacy non fosse esplicitamente previsto dal *Bill of Rights*, poteva essere individuato nella penombra²⁸ degli Emendamenti Primo, Terzo, Quarto e Quinto²⁹ nei quali la sfera privata familiare trovava scudo dalle interferenze esterne³⁰.

Similmente, la sentenza *Casey* traeva linfa da un'altra decisione emanata dalla Corte Warren in merito al riconoscimento della libertà autodeterminativa. Infatti la prima orma su questo sentiero è stata tracciata in occasione dell'emanazione, unanime, del precedente *Bolling v. Sharpe*³¹ ove veniva affermato che il concetto di "liberty" incluso nella *Due Process Clause*, seppure non precisamente definito dalla giurisprudenza, "is not confined to mere freedom from bodily restraint. Liberty under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue"³².

In ossequio alla teoria originalista cui la sentenza *Dobbs* fa riferimento, occorrerebbe verificare cosa intendessero i *Founding Fathers* per "Liberty". Risalendo alla vigilia dell'Indipendenza, vi era chi affermava che la "vera libertà significa libertà di fare ciò che è giusto, astenendosi dal fare ciò che è ma-

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

22 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, 1, p. 28; R. Williams, *The Paths to Griswold (June 6, 2014)* in *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, No. 5, 2014, *passim*.

23 S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193- 220.

24 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit., p. 28; A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 48-56. In senso critico, J. Greene, *The so-called right to privacy* in *UC Davis L. Rev.*, 43, 2009, p. 715 ss., che dà conto come alle udienze senatoriali di conferma della nomina a Justice della Corte Suprema il Justice Alito rispose che "that there is a right to privacy in the Constitution deriving from *Griswold*" (J. Green, cit. p. 740).

25 L. Fabiano, *Tanto tuonò che piovve*, cit., p. 9.

26 A. Buratti, *ult. op. loc. cit.*

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

28 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit.

29 Tuttavia, nella decisione *Dobbs* tale ricostruzione viene disfatta dal Justice Alito nella *majority opinion*, p. 9 ss., mentre il Justice Thomas, nella sua *concurring opinion*, afferma che il medesimo precedente *Griswold* dovrebbe essere ribaltato alla prima occasione (si veda il § 4).

30 A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale*, cit. p. 29.

31 Si tratta di una decisione contemporanea a *Brown v. Board of Education*, relativa alla incostituzionalità della segregazione razziale scolastica nel *District of Columbia*.

32 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). In dottrina, A. Buratti, cit. In senso critico, secondo cui con questa sentenza la Corte raggiunse una decisione corretta, ma seguendo una argomentazione discutibile: G. Dolin, *Resolving the Original Sin of *Bolling v. Sharpe**, in *44 Seton Hall L. Rev.* 749 (2014); R. Barnett, C. Sunstein, *Constitution in Exile?*, in *LEGAL AFR.*, (May 4, 2005, 12:50 PM), http://legallaffairs.org/webexclusive/debateclub_cie0505.msp#Wednesday.

le, non [è il] diritto di fare ciò che piace³³. Pertanto, la libertà intesa dai *Founding Fathers* richiama l'obbedienza alla legge fino a quando le leggi erano promulgate da rappresentanti eletti e non operavano in maniera arbitraria³⁴.

In quel contesto, la libertà politica presupponeva una sicura autonomia economica al fine di escludere ogni influenza esterna sulla persona che partecipasse alla vita pubblica: infatti era considerato addirittura disdicevole ricevere uno stipendio in qualità di lavoratore salariato³⁵. Ai tempi della redazione della Costituzione solo la popolazione di sesso maschile, bianca e di retaggio britannico integrava tale requisito; nonostante siffatta autonomia fosse connessa allo svolgimento di molte mansioni lavorative da parte delle donne della famiglia, quali mogli, figlie, nuore, sorelle³⁶. La Rivoluzione americana non intaccò lo *status quo*: mogli, figli, lavoratori subordinati e schiavi rimasero legati all'obbedienza verso i capifamiglia bianchi e maschi. Anche se si realizzò una democratizzazione dell'idea di proprietà, nel senso che fosse sufficiente che essa includesse il possesso della propria individualità, questa rimase legata all'idea di proprietà fondiaria e che il titolare di tale proprietà fosse esclusivamente maschio e bianco, con esclusione delle donne e degli ex schiavi³⁷. Tali erano le condizioni sociali riferibili ai tempi dei *Founding Fathers* e cui fa riferimento la dottrina originalista³⁸ portata avanti in seno alla Corte Suprema dal defunto *Justice Antonin Scalia*³⁹.

In realtà, la dottrina originalista promossa da Scalia trova un suo spazio fondativo nell'affermazione che devono essere i corpi elettorali, attraverso i loro rappresentanti, a decidere per mezzo di un atto legislativo la disciplina normativa delle fattispecie, rigettando gli interventi (*più o meno creativi*) della giurisprudenza. Questa teoria rifiuta nel modo più assoluto le costruzioni interpretative c.d. "evolutive" che possono essere proposte dalle Corti, specie da quelle Supreme. In un certo senso si potrebbe richiamare il pensiero montesquieiano: "*les juges ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (EL, XI, 6)".

Tuttavia, l'approccio dell'opinione di maggioranza va ampiamente oltre questo scenario, infatti,

33 *True liberty, then, is a liberty to do everything that is right, and the being restrained from doing anything that is wrong. So far from our having a right to do everything that we please, under a notion of liberty, liberty itself is limited and confined -- but limited and confined only by laws which are at the same time both its foundation and its support* (J. Boucher, *On Civil Liberty, Passive Obedience, And Nonresistance*, in *A View of the Causes and Consequences of the American Revolution, with an Historical Preface* (London, 1797).

34 E. Foner, *op. cit.*, p. 17.

35 E. Foner, *op. cit.*, p. 24.

36 S. Coontz, *The Social Origins of Private Life: A History of American Families 1600-1900*, Verso Books, London, 1989, *passim*; S. Coontz, P. Henderson, *Women's Work, Men's Property: The Origins of Gender and Class*, Verso Books, London, 1986, *passim*.

37 E. Foner, *op. cit.*

38 Sulla teoria dell'originalismo, R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham L. Rev.*, 75, 2006, p. 545; L. K. Weis, *What comparativism tells us about originalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, pp. 842-869; J. E. Fleming, *Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution*, in *BUL Rev.*, 2012, 92, p. 1171; S. E. Sachs, *Originalism Without Text*, in *Yale Law Journal*, 2017, pp. 156-168. In riferimento al ruolo dell'originalismo nella sentenza *Dobbs*, si vedano C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, La Lettera AIC, 07/2022 - Originalismo e Costituzione, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>; L. P. Vanoni, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *Ibidem*, Q. Camerlengo, *Originalismo e "living Constitutionalism", tra domanda di Costituzione e principi supremi*, *Ibidem*, O. Chessa, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, *ibidem*; G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi*, 2022, 34, p. 42 ss.

39 Sul punto, diffusamente, F. Benatti, *Essere giudice oggi: l'esperienza di Justice Scalia*, in corso di pubblicazione, per cortese concessione dell'autrice.

l'estremizzazione di tale punto di vista comporta un risultato paradossale dalla prospettiva dei cittadini sui quali si ripercuotono gli effetti dell'*overruling*. È possibile scorgerlo fin dalle prime righe della *majority opinion*, quando il Justice Alito scrive che per i 185 anni successivi all'adozione della Costituzione ciascuno Stato poteva regolarsi secondo le intenzioni dei suoi cittadini; poi, nel 1973, la Corte Suprema adottò *Roe v. Wade*, la quale è da considerarsi erronea fin dalle sue radici perché nella Costituzione e nel *Bill of Rights* non si fa alcuna menzione dell'aborto. Perciò, in virtù di questi centottanta-cinque anni, i quarantanove anni successivi durante i quali l'aborto è stato riconosciuto come diritto federale sono "*egregiously wrong*" e pertanto da estinguere totalmente.

Nonostante ciò, sembra essere alquanto difficile eliminare tali cinque decenni. Ci si può chiedere se sia ragionevolmente possibile convincere una persona che si è comportata in un certo modo, che quel modo di comportarsi oggi non è più legittimo, perché più di due secoli fa i *Founding Fathers* non l'avevano previsto? Davvero è intenzione dei giudici "rigorosamente originalisti" evocare i fantasmi di una Costituzione scritta da liberi possidenti terrieri, maschi e bianchi, ai fini di cancellarne le interpretazioni che hanno permesso l'evoluzione della società americana?

3. **History and/or Law? La visione di retroguardia della *majority opinion***

L'opinione della maggioranza della Corte Suprema è stata scritta da Samuel Alito, nominato al prestigioso supremo scranno da George W. Bush nel 2006, e condivisa dai Justice Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett, il Chief Justice John Roberts ha scritto una propria *concurring opinion* nel merito del giudizio, mentre sia Clarence Thomas, sia Brett Kavanaugh hanno espresso una loro *concurring opinion*, invece Stephen Breyer, Elena Kagan e Sonia Sotomayor hanno depositato una *dissenting opinion* congiunta.

Fin dalle prime righe la *majority opinion* affronta il tema della copertura costituzionale federale del diritto di abortire da una prospettiva storica, infatti sottolinea che "*for the first 185 years after the adoption of the Constitution*" (approvata il 17 settembre 1787 e ratificata il 21 giugno 1788), *each State was permitted to address this issue in accordance with the view of its citizens*".

Innanzitutto appare immediatamente chiaro che i cittadini che *illo tempore* scrissero materialmente la Costituzione avevano tratti comuni omogenei: erano uomini bianchi anglosassoni; viceversa la società attuale, cui *Dobbs v. Jackson* è diretta a regolare i diritti riproduttivi, è eterogenea e multi-razziale, non comparabile con quella della fine del XVIII secolo.

Per questo una visione e una applicazione così perentoria della teoria originalista pare essere senza fondamento logico e fattuale, ancora prima che giuridico. Le argomentazioni della *majority opinion* appaiono fragili, in quanto non è affatto certo che ciò che era (*o non era*) costituzionalmente accettabile ai tempi del *Founding Fathers* non lo sia (*o lo sia*) oggi. E il primo pensiero sul punto riguarda proprio la sussistenza (*allora*) della schiavitù. Invero, nella sentenza *Dobbs*, la schiavitù riveste il ruolo di convalidato di pietra, distendendo la sua ombra lungo il testo delle opinioni scritte dai Justice conservatori. Infatti, i giudici maggioritari basano la forza argomentativa della loro opinione nell'effettuare l'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade* classificandola come "*egregiously wrong*" e per spiegarne la asserita, dal loro punto di vista, nocività la collegano alla "*infamous*" *Plessy v. Ferguson*⁴⁰, che legit-

40 163 U.S. 537 (1896). In dottrina, D. H. Gans, *Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion*, in *SMU L. Rev. F.*, 75, (2022), p. 193; E. Grande, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, 15, p. 83.

timava la segregazione razziale.

Al contrario, nell'idea dei giudici di maggioranza, a *Dobbs et. al. v. Jackson Women's Health Organization*⁴¹ è attribuito il medesimo ruolo svolto ai tempi da *Brown v. Board of Education*⁴². Come in una rappresentazione scenica, la correlazione tra le parti assegnate a *Plessy* e *Roe* da un lato, e a *Brown* e *Dobbs* dall'altro, non è singolare, né sorprendente, dato che attraverso siffatto artificio retorico, cioè l'equiparazione tra segregazione razziale e aborto, la *majority opinion* intende blindare le argomentazioni e le conseguenze di *Dobbs*, rendendole inoppugnabili anche (e soprattutto) da un punto di vista morale.

Ciò nonostante, quella proposta è una equiparazione da rifiutare per due ragioni essenziali. Da un lato, perché non è davvero accettabile assimilare privacy e autodeterminazione della donna alla segregazione razziale istituzionalizzata, anche se si potrebbe sostenere che la prospettiva in questione non riguarda l'autonomia personale della gestante, ma la vita potenziale da salvaguardare con la protezione assoluta del nascituro fin dal concepimento. Dall'altro lato, perché *Dobbs* è una decisione che sottrae tutele costituzionali effettuando una "disincorporation"⁴³ di diritti, mentre *Brown v. Board of Education* rappresentava l'inizio di un percorso indirizzato verso l'approvazione del *Civil Rights Act 1964*.

A questo proposito si evidenziano due criticità ulteriori: in primo luogo *Dobbs v. Jackson* istituzionalizza l'intervento dello Stato etico che decide al posto dei suoi cittadini (o per meglio dire: delle donne ad esso soggette) escludendo del tutto il bilanciamento dei valori costituzionali in competizione, dato che non vi sarebbe concorrenza tra autodeterminazione della donna e tutela del feto perché la protezione della vita potenziale supera qualsiasi altra valutazione. A seconda di quanto deciso dai legislatori statali, la donna diviene costretta a partorire e a diventare madre⁴⁴, anche se è stata stuprata, vittima di incesto o addirittura a sacrificio della propria stessa vita.

In secondo luogo, rivestire *Dobbs* del ruolo salvifico dell'uguaglianza razziale riconducibile a *Brown v. Board of Education* vuol dire distorcere la realtà fattuale e sostanziale, in quanto è noto che con essa iniziò faticosamente il percorso de-segregazionista, tuttavia tale obiettivo non venne compiutamente raggiunto (né lo è tuttora) in quanto fondato sulla "colorblindness" attribuita⁴⁵ alla Costituzione stessa, e sul suo approccio individualistico⁴⁶. Quest'ultima interpretazione attribuisce una sorta

41 597 U.S. ____ (2022), cit.

42 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), R. Kluger, *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's struggle for equality*, New York, Vintage, 2011, passim.

43 A. Buratti, Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza, in *Diritti Comparati*, 14.7.2022, p. 6.

44 Ciò è accaduto in Florida, dove la *First District Court of Appeal* dello Stato ha stabilito che una 16enne è immatura per decidere di abortire, ma è matura abbastanza da essere forzata a portare a termine la gravidanza. Secondo la legge della Florida, il genitore o il tutore legale di una minorenne incinta deve acconsentire all'interruzione della gravidanza, con alcune eccezioni. La minorenne ha agito in giudizio al fine di escludere la notifica e il relativo consenso dei genitori per l'interruzione della gravidanza. L'adolescente era incinta di 10 settimane e viveva con un parente, ma era sottoposta a tutela giudiziaria. Nel ricorso, la minorenne esplicitava di non essere "pronta ad avere un bambino", di essere disoccupata e frequentare ancora la scuola e ha sottolineato sia che il padre non era in grado di aiutarla, sia che il suo tutore aveva acconsentito alla procedura abortiva. La domanda è stata respinta, con la possibilità di rivalutare la decisione in un secondo momento perché la ricorrente non aveva dimostrato con prove chiare e convincenti la propria immaturità in merito all'interruzione di gravidanza (*In Re Jane Doe 22B*, 15.8.2022).

45 Termine che indica l'indifferenza giuridica della Corte Suprema nell'interpretazione della Costituzione rispetto alle istanze della parte multirazziale, in particolare quella di origine afroamericana, della società statunitense (M. Spindelman, *Queer Black Trans Politics and Constitutional Originalism*, 2022, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4088733>).

46 L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018, passim.

di neutralità⁴⁷ costituzionale, a discapito della natura di patto sociale tra i cittadini nel riconoscersi mutualmente diritti e doveri. Siffatta mutualità è contraria alla asserita neutralità costituzionale sostenuta dai *Justices* conservatori. Tuttavia, la Costituzione americana, o meglio la maggioranza conservatrice degli attuali suoi interpreti che siedono sugli scranni della Corte Suprema, ne danno una interpretazione originalista talmente estrema da porre in discussione il riconoscimento di diritti civili e sociali che apparivano finora assodati anche negli Stati Uniti⁴⁸.

Per comprendere quanto radicale sia il ragionamento della maggioranza conservatrice nella decisione *Dobbs* occorre analizzare l'approccio storiografico adottato dal *Justice* Alito effettuata sia per quel che concerne il Common Law "originale" cioè degli ex colonizzatori inglesi, sia il Common Law, prettamente "americano" applicato dai giudici statunitensi successivamente all'Indipendenza. Sotto il profilo britannico, l'indagine storiografica di Alito raggiunge i tempi del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del Bracton, risalente al XIII secolo, con citazioni più "recenti" del Coke, del Blackstone e di Hale per dimostrare che settecento anni di tradizione giuridica non hanno mai preso in considerazione l'aborto. Ulteriormente, l'aborto è da considerarsi un crimine anche per il Common Law americano⁴⁹ già dai tempi della colonizzazione, quando si considerava che la vita iniziasse nel momento in cui il movimento del feto era percepibile (c.d. "quickenning").

Sul punto non si può non concordare con la dottrina che sottolinea la debolezza di siffatte argomentazioni storiografiche, le quali utilizzano opinioni letteralmente medievali per soffocare la prassi costituzionale dell'*incorporation*, realizzando "un'opzione culturale reazionaria, orientata alla polarizzazione delle fratture sociali e al rifiuto del pluralismo dell'interpretazione costituzionale"⁵⁰.

Oltre che a rappresentare una "la foglia di fico (...) per nascondere un principio di libertà codificato nella Costituzione e vitale nella prassi giurisprudenziale", ciò "è sbagliato e fuorviante"⁵¹ e esprime un falso. Infatti, la storiografia, pare banale ricordarlo, dimostra che l'aborto è sempre stato presente nella millenaria storia femminile, anche se vietato ovvero penalmente criminalizzato. A decidere sul corpo delle donne, spesso a discapito della loro vita, sono comunque state le stesse interessate, nonostante la certezza di essere perseguite per l'atto abortivo eseguito in clandestinità⁵².

Per rafforzare tale quadro storiografico, l'opinione di maggioranza è seguita da un "Annex" dove vengono riportate testualmente le leggi incriminatrici in materia di aborto *illo tempore* vigenti in ciascuno Stato federato dal Missouri (1825) fino al District of Columbia (1901). Ciò sembrerebbe costituzionalizzare il divieto di aborto e si può questionare se un tale intervento non sia diretto a ostacolare la possibile successiva regolamentazione federale, governativa ovvero legislativa, in materia. A favore di questa interpretazione, occorrerebbe tenere in considerazione la nettezza con cui la *majority opinion* ha effettuato la *disincorporation* di *privacy* e *liberty* in relazione all'aborto dalle materie costituzionalmente protette. Siffatto "Annex" sembrerebbe voler enfatizzare l'intenzione di voler riportare le donne al ruolo sociale loro attribuito nel XIX secolo, "quando ancora alla donna non era riconosciuto un ruolo di rilievo nella società, men che meno nell'arengo politico"⁵³.

Parimenti si potrebbe indagare per quale motivo nei quarantanove anni precedenti alla pubblica-

47 Rivendicata anche dal *Justice* Kavanaugh nella sua *concurring opinion*, si veda il §4.

48 Si veda la *concurring opinion* del *Justice* Clarence Thomas, §4.

49 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

50 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

51 A. Buratti, *Egregiously wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit.

52 Tra le molte pubblicazioni in tema si segnalano: J. M. Riddle, *Eve's Herbs. A History of Contraception and Abortion in the West*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; C. Flamigni, *Storia e attualità di un problema sociale*, Edizioni Pendragon, Bologna, 2011; N. M. Filippini, *Generare, partorire, nascere, Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, Viella, 2017; A. Gissi, *Le segrete manovre delle donne. Levatrici in Italia dall'Unità al fascismo*, Roma, Viella, 2022.

53 A. Palmieri, R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v.Wade»*, in *Foro It*, 2022, VI, p. 439.

zione di *Dobbs* il Legislatore federale non abbia formalizzato positivamente tale diritto, invece che fondarlo sulla sola fragile interpretazione giurisprudenziale federale⁵⁴ ovvero negarlo sulla base di una presunta tradizione. La risposta parrebbe politica più che giuridica e concernerebbe le accese contrapposizioni politiche e sociali sul tema⁵⁵.

A parere di chi scrive, la critica principale dell'*opinion* di Alito a *Roe* e *Casey*, concernente la circostanza che tali decisioni non avrebbero alcun fondamento nel testo costituzionale, nella storia ovvero nella tradizione del Common Law americano o in qualsiasi precedente, è fallace. Sul punto, rispettosamente, si dissente, in quanto la decisione *Roe* si inserisce perfettamente nel percorso giurisprudenziale elaborato dalla Corte Warren a metà degli Anni Sessanta in cui vennero costituzionalizzati i diritti civili per "*incorporation*". Ciò rispecchia un'epoca che seppure sembrerebbe, almeno apparentemente, aver esaurito la sua spinta propulsiva, nonostante ciò essa è esistita e ha apportato effetti giuridici rilevanti (*che il Justice Thomas dichiara nella sua concurring opinion voler cancellare alla prima occasione possibile*). In questo contesto sarebbe stata opportuna una riflessione sia istituzionale sia da parte dell'opinione pubblica su quali possano essere gli effetti giuridici, politici e sociali della negazione di diritti prima ritenuti fondamentali e poi cancellati⁵⁶.

Ammettendo, pur con riluttanza, che in quel contesto la promozione giurisprudenziale dei diritti civili per "*incorporation*" avesse assunto il ruolo spettante al corpo legislativo, occorre comunque analizzare la critica che Alito effettua rispetto alla frammentazione della gravidanza in frazioni temporali trimestrali al fine di considerare la volontà abortiva della donna legittima o meno a seconda della possibilità di sopravvivenza del feto al di fuori dell'utero materno. Si tratta del criterio della c.d. "*viability*"⁵⁷. Il punto, fieramente criticato, è interessante dalla prospettiva comparatistica, perché siffatto schema è utilizzato anche dalle legislazioni europee in materia⁵⁸.

La contestazione di Alito al precedente *Roe* riguarda la questione che nel primo trimestre di gravidanza alla donna verrebbe riconosciuto un diritto federale costituzionale alla privacy autodeterminativa che le garantirebbe di abortire senza dover rendere conto ad alcuno. Secondo la *majority opinion*, tale partizione in trimestri non è giustificabile sotto il profilo giuridico proprio perché rimette ad un parametro medico (*e non giuridico*), quale la possibile sopravvivenza del feto a seconda del trimestre gestazionale, in relazione alla volontà ovvero alla salute della madre. Ciò non troverebbe fondamento in nessun testo normativo e ignorerebbe il fondamentale interesse di tutela della "*potentiality of human life*". In questo passaggio traspare il retaggio dell'influenza religiosa, che non viene esplici-

54 G. Burns, *The moral veto: Framing contraception, abortion, and cultural pluralism in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, *passim*; S. C. Roberts, L. Fuentes, N. F. Berglas, A. J. Dennis, *A 21st-century public health approach to abortion*, in *American journal of public health*, 107(12), 2017, p. 1878-1882.

55 M. M. Ferree, W. A. Gamson, R. Rucht, J. Gerhards, *Shaping abortion discourse: Democracy and the public sphere in Germany and the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, *passim*.

56 Un'esperienza analoga avvenne in relazione alla liberazione degli schiavi nella colonia francese di Haiti. Infatti, in Francia la schiavitù venne abolita dalla *Convention nationale* (cioè l'organo deliberativo in vigore durante la Rivoluzione francese, dal 20 settembre 1792 al 26 ottobre 1795) il 4 febbraio 1794 (H. Thomas, *The Slave Trade*, London, 2006, p. 544; L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, trad. it. P. Marangon, Roma – Bari, Laterza 2010, p. 14). Ciò nonostante, la schiavitù venne ripristinata da Napoleone il 20 maggio 1802, per venire definitivamente abolita, anche nelle colonie francesi il 27 aprile 1848 (J. D. Popkin, *Haiti. Storia di una rivoluzione*, trad. it. A. Manna, Torino, Einaudi, 2020, pp. 119 ss).

57 G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista*, cit., p. 41.

58 S. De Zordo, G. Zanini, J. Mishtal, C. Garnsey, A. K. Ziegler, C. Gerdt, *Gestational age limits for abortion and cross-border reproductive care in Europe: a mixed-methods study*, in *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 128(5), 2021, pp. 838-845; M. Levels, R. Sluiter, A. Need, *A review of abortion laws in Western-European countries. A cross-national comparison of legal developments between 1960 and 2010*, in *Health Policy*, 118(1), 2014, pp. 95-104; P. De Pasquale, *Il diritto di aborto... o l'aborto di un diritto?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 3, pp. 5-15.

tata, ma rimane legata alla locuzione “*potential life*”, definita in questi termini, per esempio, nelle encicliche papali contro l’aborto⁵⁹, ovvero il riferimento alla protezione della *personhood*, della personalità, del feto fin dal momento del suo concepimento. Si tratta di un elemento talmente fondante il ragionamento della *majority opinion* da non rendere necessario effettuare alcun esplicito riferimento ad esso.

Per rafforzare il suo ragionamento Alito ravvisa che con la decisione *Casey* del 1992, cioè diciannove anni dopo l’emanazione di *Roe v. Wade*, la Corte Suprema cancella il rimando alla partizione trimestrale delle fasi della gravidanza per giustificare l’aborto esclusivamente come una scelta di libertà della donna attraverso l’elaborazione di un “*new and obscure undue burden test*”⁶⁰.

Di cosa si trattava? Esso prevedeva l’integrazione di tre regole sussidiarie: la prima riguardava la presenza di un “ostacolo sostanziale” sul percorso gestazionale della futura madre prima che il feto fosse stato in grado di superare il test di *viability*; la seconda che la scelta della donna di abortire fosse stata “informata” e la terza regola sussidiaria concerneva la tutela della salute materna⁶¹. La *majority opinion* stabilisce che tali regole, seppure sussidiarie, sono ambigue, non presentano basi giuridiche e hanno provocato più controversie che soluzioni e quindi devono essere abbandonate.

Se questa è la *pars destruens* apportata dal caso *Dobbs*, qual è la *pars construens*? Secondo i *Justice* Alito, Coney Barrett, Gorsuch, Roberts, Thomas e Kavanaugh la soluzione appropriata riguarda la semplice restituzione della disciplina abortiva al potere legislativo dei singoli Stati federati. La ratio di tale decisione concerne la circostanza che l’aborto stesso presenta profonde questioni morali, le quali devono essere decise dal corpo elettorale di ciascuno Stato. Infatti, la Costituzione e il *Bill of Rights* non proibiscono ai cittadini di ciascuno Stato dal regolarlo ovvero proibirlo, mentre i precedenti *Roe* e *Casey* si erano arrogati tale autorità.

Sembrirebbe una soluzione ragionevole, rispettosa del principio di separazione dei poteri, e della prevalenza del potere politico (*statale, ma non federale*) sul giudiziario, essendo i giudici tenuti all’obbedienza della legge⁶².

Tuttavia, il lungo percorso verso una società pienamente egualitaria, negli Stati Uniti, non è ancora

59 Lettera Enciclica *Evangelium Vitae* del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II sul valore e l’invulnerabilità della vita umana, 25 marzo 1995, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

60 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ___, 46 ss. In dottrina, G. Caporali, *Dobbs v. Jackson*, cit.

61 *Dobbs v. Jackson*, cit., 57 ss.

62 Al contrario, siffatta *disincorporation* del diritto di aborto dalla protezione costituzionale rappresenta una soluzione del tutto astratta in cui la maggioranza conservatrice ha deciso di ignorare le implicazioni per le donne che subiranno gli effetti di questa decisione. Inoltre, i sei giudici maggioritari hanno effettuato un acrobatico salto temporale. A questo proposito, ci si potrebbe domandare come sia possibile da un punto di vista logico, non solo giuridico, considerare accettabili e valide le conseguenze dell’applicazione di una teoria (come quella originalista) che pretende di trasportare all’oggi considerazioni, norme e interpretazioni effettuate in una società elitista, classista e settaria come quella dei neonati Stati Uniti, eredi delle ex colonie britanniche del XVIII Sec., che neppure erano lontanamente riconducibili a quelli attuali sotto tutti i punti di vista: sociale, economico, scientifico e medico. E il cui Legislatore costituente era formato da membri ricchi, maschi, bianchi, protestanti, quindi una parte molto ristretta della società che escludeva tanto le donne, quanto gli afroamericani. Il risultato di siffatto *overruling* è la discriminazione fondata su basi economiche tra chi si potrà permettere di cambiare Stato o andare all’estero per ottenere un aborto rispetto alle donne che economicamente non potranno sostenerne i costi, cioè le parti più fragili della società, principalmente donne afroamericane e immigrate (E. D. Bernick, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (July 12, 2022), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4161063>, passim; A. B. Omoragbon, *Reproductive Rights: Dobbs v. Jackson and Implications for the Black Maternal Health Crisis*, in *Congressional Black Caucus*, 2022, p. 6 ss.; L. M. Paltrow, L. H. Harris, M. F. Marshall, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, pp. 1-13).

giunto al suo pieno compimento, nonostante la Guerra Civile e l'approvazione del Quattordicesimo Emendamento⁶³ e di altre politiche antidiscriminatorie⁶⁴. Nonostante tutti gli sforzi, la maggioranza dei *Justice* conservatori impone una visione della società e della convivenza civile che non è aderente alla realtà vissuta dagli americani odierni, cioè i contribuenti appartenenti alla società multirazziale e diversificata, che si iscrive alle liste elettorali e partecipa alla vita pubblica.

Al contrario, l'interpretazione letterale della Costituzione scritta nel XVIII Sec. sostenuta dalla maggioranza conservatrice afferma che ci sono persone (*cioè le donne*) la cui voce vale di meno. Questa è una contraddizione difficile da comprendere, ma che emerge in modo plateale nelle opinioni concorrenti di due dei giudici della maggioranza (cioè i *Justice* Thomas e Kavanaugh), ma sulla quale il *Chief Justice* Robert manifesta le sue critiche e i suoi dubbi.

4. Gli alfiere del nuovo corso: le *concurring opinion* dei Justice Thomas, Kavanaugh e Roberts

A parte i *Justice* Gorsuch e Coney Barrett, che hanno aderito in pieno alla opinione della maggioranza, i tre *Justice* conservatori Thomas (*il più anziano di ruolo*), Kavanaugh e Roberts hanno elaborato le rispettive *concurring opinion* per precisare le loro posizioni.

La *concurring opinion* del *Justice* Thomas è la più drastica nel pretendere la *disincorporation* dei diritti civili riconosciuti grazie all'interpretazione costruita dalla Corte Warren negli Anni Sessanta, sulla base dell'argomentazione che il testo letterale della Costituzione e dei suoi Emendamenti garantiscono il *due process* previsto dal Quattordicesimo Emendamento "*solo nei casi in cui una persona sia privata della vita, della libertà e della proprietà*"⁶⁵.

Inoltre, il *Justice* Thomas critica energicamente il valore sostanziale attribuito alla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento tanto da equiparare schiavitù e aborto e senza timore di affermare che una interpretazione di questa natura venne applicata nella nefasta decisione *Dred Scott v. Sandford*⁶⁶ poiché la *Due Process Clause* "*does not secure any substantive right, it does not secure*

63 Soltanto con il *Civil Rights Act* del 1964 apparve sulla scena giuridica lo strumento normativo necessario per rendere effettivi i principi egualitari elaborati dalla giurisprudenza al fine di colpire le forme di discriminazione e segregazione determinate sul pregiudizio sociale (L. Giacomelli, *op. cit.*). Infatti, la segregazione si era cristallizzata come un prodotto delle forze sociali e non da atti normativi, poiché in caso di rapporti tra privati, e in assenza di violazioni formali della Costituzione, l'*Equal Protection Clause* non era applicabile. In questo contesto i successivi interventi di riforma apportati dal *Fair Housing Act* 1968, dall'*Age Discrimination in Employment Act* 1967 e, soprattutto, dall'*American with Disabilities Act* 1990 tentarono di rendere innovativo ed effettivo l'approccio sanzionatorio in materia discriminatoria, estendendo il divieto di discriminazione anche nei confronti dei privati (C. E. Brody Jr., *A Historical Review of Affirmative Action and the Interpretation of Its Legislative Intent by the Supreme Court*, in *Akron Law Review*, 1996, p. 14 ss.). Tale espansione di tutela è consentita da due fonti di natura costituzionale quali la *Commerce Clause* e la *Sect. V del XIV Amendment* (R. C. Post, R. B. Siegel, *Equal protection by law: Federal antidiscrimination legislation after Morrison and Kimel*, in *Yale Law Journal*, 2000, p. 443; L. Giacomelli, *op. cit.*).

64 Sul punto, L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, cit.

65 C. Thomas, *concurring opinion*, p. 2.

66 19 How.393 (1857), avendo poi premura di ricordare che siffatto precedente venne "*overruled*" sui campi di battaglia della Guerra Civile e dalla riforma costituzionale post "*Appomattox*". Nel 1857, con la tristemente nota decisione *Dred Scott* la Corte Suprema aveva stabilito che gli afroamericani non fossero cittadini degli Stati Uniti e che pertanto, il Quattordicesimo Emendamento difendeva gli schiavi liberati anche dalla discriminazione relativa al riconoscimento della cittadinanza.

a *right to abortion*⁶⁷". Sulla base di questa argomentazione il *Justice Thomas* esplicita che l'applicazione estensiva della *Due Process Clause* in diritti in precedenza riconosciuti come nei casi *Griswold v. Connecticut*⁶⁸ (relativo al diritto dei coniugi di usare contraccettivi), *Lawrence v. Texas* (in materia di consenso sessuale tra persone adulte)⁶⁹ e *Obergefell v. Hodges*⁷⁰ (relativo ai matrimoni tra le persone dello stesso sesso), le quali non sono oggetto di causa, ma dovranno essere "eliminati dalla nostra giurisprudenza alla prima occasione". Infatti, a parere di Thomas, l'interpretazione sostanziale della *Due Process Clause* che li fonda è contraria al tenore testuale del comando costituzionale. Thomas sembrerebbe voler gettar via (letteralmente "jettisoning") tali interpretazioni perché denotano un approccio della Corte Suprema che si è sostituita al legislatore invece che permanere neutrale sui temi, ribadendo che la *Due Process Clause* assume un ruolo meramente procedimentale.

La scrupolosa neutralità costituzionale, secondo cui la Costituzione non è né a favore dell'aborto, né contro, è anche il cardine della *concurring opinion* del *Justice Kavanaugh*, secondo il quale solo tale neutralità consente di restituire l'autorità del popolo nell'indirizzare la questione dell'aborto nell'alveo dei processi di autogoverno democratico stabilito dalla Costituzione. Inoltre, Kavanaugh sottolinea che la Corte non rende illegale l'aborto negli Stati Uniti, essa non è "pro-life" né "pro-choice"⁷¹ ma lo lascia pilatescamente nelle mani dei rappresentanti eletti di ciascuno Stato. Tuttavia, si tratterebbe della realizzazione di uno dei casi di "tirannia della maggioranza" paventati da Alexis de Tocqueville già nella prima metà dell'Ottocento⁷².

Ciò nonostante, sia Thomas sia Kavanaugh sbagliano sull'attribuire una funzione di neutralità alla Carta costituzionale e quindi alla Corte Suprema. Questo ruolo neutrale non è concettualmente possibile, altrimenti non si potrebbe attribuire il compito di effettuare la *judicial review*, e quindi di Corte superiore con valenza costituzionale, come attribuito alla Corte Suprema stessa dal *Chief Justice Mar-*

Tuttavia, questo obiettivo fallì dopo la fine dell'occupazione militare del Sud nel 1867, in quanto i governi degli Stati del Sud tornarono nelle mani della classe dirigente bianca, che privò i neri dei loro diritti a partire da quello di voto. La Corte Suprema federale contribuì al mantenimento, se non al rafforzamento, di tali discriminazioni con le c.d. sentenze *Civil Right Cases*, le quali davano una lettura restrittiva degli Emendamenti Tredicesimo e Quattordicesimo stabilendo che il Congresso non aveva il potere di intervenire negli affari interni degli Stati, neppure per tutelare i diritti di voto e all'imparzialità della giuria. Il già menzionato caso *Plessy v. Ferguson* (promotore della teoria "separate, but equal") manifesta la profonda resistenza della Corte Suprema nel difendere le leggi degli Stati del Sud che discriminavano gli afroamericani. Il caso riguardava una legge della Louisiana che imponeva alle compagnie ferroviarie di creare carrozze separate per i bianchi e "per le persone di colore" (F. Tonello, *La Costituzione degli Stati Uniti*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2010, p. 126, n. 19; A. Sperti, «Dobbs» e il controverso overruling di «Roe v. Wade» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Foro It.*, 2022, IV, p. 455; L. Giacomelli, *Ripensare l'uguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, cit.).

67 Le donne africane schiavizzate svolgevano una funzione economica per gli schiavisti, soprattutto dopo che il Congresso aveva vietato il commercio internazionale degli schiavi nel 1808. Dopo che gli schiavisti non poterono più importare schiavi erano decisi a crearne; così costrinsero le donne schiavizzate a riprodursi, anche con la violenza. Le donne schiavizzate ricorrevano all'aborto come mezzo di resistenza (E. D. Bernick, *Vindicating Cassandra*, cit.; S. M. H. Camp, *Closer to Freedom, Enslaved Women and Everyday Resistance in the Plantation South*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2005, *passim*).

68 381 U.S. 479 (1965).

69 539 U.S.558 (2003).

70 576 U.S.644 (2015).

71 B. Kavanaugh, *concurring opinion*, p. 12.

72 A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, II, p. 92. In riferimento all'esperienza americana di Alexis de Tocqueville si rinvia a O. Zunz, *The Man Who Understood Democracy. The Life of Alexis de Tocqueville*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2022, pp. 36 ss.

shall nel notissimo e fondante precedente *Marbury v. Madison*⁷³ del 1803.

A questo punto, quindi, occorrerebbe chiedersi qual è il ruolo della Corte Suprema nell'ordinamento americano. A sommosso parere di chi scrive tale ruolo consisterebbe nel vagliare la consistenza tra la carta costituzionale (*che rappresenta il patto di comune e civile convivenza tra i consociati*) e le norme censurate, in particolare che queste ultime siano aderenti al dettato della costituzione vivente. A tale proposito l'interpretazione costituzionale deve essere sufficientemente elastica e valutare in che modo e misura possa adattarsi alle situazioni oggetto di contenzioso.

Infine merita attenzione la *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts, il quale aderisce in linea di principio alla decisione della maggioranza in relazione allo specifico caso sulla legislazione dello Stato del Mississippi, ma non concorda sull'*overruling* di *Roe* e *Casey*, in quanto siffatte decisioni non dichiaravano un diritto all'aborto infondato dal punto di vista costituzionale, ma in realtà proteggevano la donna dalla "*unduly burdensome interference with her freedom to decide whether to terminate her pregnancy*"⁷⁴.

La Corte Suprema, quindi, avrebbe dovuto limitarsi a definire con più precisione la soglia di libertà della donna, dato che la legge del Mississippi circoscrive tale diritto entro le 15 settimane del concepimento, provvedendo invece un ampio spazio temporale da consentire l'esercizio del diritto protetto da *Roe* e *Casey*. Il *Justice* Roberts sottolinea che la medicina offre la possibilità – "*garantita da test di gravidanza accurati e a basso costo*" – di scoprire la gravidanza entro le sei settimane di gestazione⁷⁵.

La critica di *policy* promossa da Roberts ai suoi colleghi è severa dato che la decisione della Corte di ribaltare i precedenti *Roe* e *Casey* rappresenta un grave scossone al sistema giuridico, indipendentemente da cosa si pensi sui summenzionati casi. Una decisione più precisa, diretta a rigettare la sola linea della *viability* sarebbe stata ugualmente necessaria, ma meno sconvolgente, dato che in questo caso la Corte si è paradossalmente attribuita a se stessa il ruolo di Legislatore introducendo un controllo statale sulle scelte individuali private e chiudendo la porta (*almeno da un punto di vista formale*) agli ulteriori interventi federali in materia.

5. L'arrocco dei *Justice* dissidenti Breyer, Kagan e Sotomayor

La *dissenting opinion* scritta dal *Justice* Breyer, a cui le *Justice* Kagan e Sotomayor hanno aderito, sarebbe degna di una trattazione a sé stante, ma lo spazio ridotto consente solo una breve sintesi argomentativa.

Il punto focale della *dissenting* riguarda la circostanza che le autorità governative e statali possono disciplinare le modalità della procedura abortiva, ma non deve essere riconosciuto loro il potere di decidere sul corpo della futura madre, dato che ogni donna è un essere autonomo e ha il diritto di autodeterminarsi. Si tratta di una visione incompatibile con la già menzionata ideologia della c.d. "maternità repubblicana"⁷⁶, da cui la *majority opinion* sembrerebbe aver tratto ispirazione, e che ha scar-

73 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137; W. E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, 2000, *passim*; W. Hoffmann-Riem, *Two hundred years of Marbury v. Madison: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe*, in *German Law Journal*, 2004, 5(6), 685-701; M. G. Puder, *Supremacy of the law and judicial review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, in *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 36, 2004, 567 ss.; E. Grande, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, cit., p. 84.

74 J. Roberts, *concurring opinion*, p. 8.

75 J. Roberts, *concurring opinion*, p. 9

76 Si veda il §1, n. 11.

dinato il precedente equilibrio. Infatti, la decisione della maggioranza nega alla donna ogni diritto di esprimersi su sé stessa dal momento in cui viene fecondata, dato che lo Stato può forzarla di portare a termine la gravidanza a qualsiasi costo personale e familiare. Inoltre, probabilmente in ossequio alla sovranità di ogni Stato appartenente all'Unione, non viene fissato alcun limite per regolare l'aborto: esso può essere limitato entro 15, 10, 6, 5 o 3 settimane o fin dal concepimento. Del pari gli Stati sono messi in grado di proibire qualunque intervento di natura abortiva, compresi quelli terapeutici, come ad esempio a seguito di un aborto spontaneo, il quale può addirittura essere posto sotto indagine penale, ponendo in grave pericolo sia il diritto alla salute della donna, sia il principio di presunzione di innocenza della gestante.

Lo spazio lasciato aperto dall'opinione di maggioranza a favore degli Stati federati consente a questi ultimi di obbligare una donna a portare a termine la gravidanza susseguente a uno stupro o un incesto, anche con il proprio padre, senza riguardo alle conseguenze sulla vita della medesima, ovvero portare a termine la gravidanza di un feto con gravi malformazioni o destinato a morire. Il *Justice Breyer* obietta che indipendentemente da cosa stabiliranno le future discipline statali, un risultato innegabile della decisione *Dobbs* riguarda la perdita sostanziale del controllo delle donne sulle loro vite, che consiste in una *deminutio* sia dei loro diritti sia del loro status di libere e "equal citizens".

Il *Justice Breyer* critica la fondatezza della *disincorporation* di *Roe* e *Casey* sull'argomentazione che l'aborto non è "deeply rooted in history", in quanto i riferimenti al diritto medievale inglese non ridimensionano la valenza giuridica dello *stare decisis*. Al contrario, lo *stare decisis* rappresenta la pietra angolare della *rule of law*, cioè il principio che un precedente può essere modificato solo con ragioni valide ed in questo caso, la *majority opinion* manca di evidenziare siffatta validità, dato che non vi sono stati mutamenti di diritto ovvero di fatto inerenti la materia, se non per una circostanza non giuridica, ma meramente istituzionale e cioè che è cambiata la composizione della Corte e quindi il suo orientamento politico. Nondimeno, questa argomentazione non sembra essere vincente: infatti, sul punto ci si potrebbe chiedere se essa avrebbe trovato spazio a parti inverse, cioè nel caso di una ipotetica composizione della Corte che avesse presentato una maggioranza saldamente *liberal*.

L'obiezione sulla negata valenza giuridica del bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti è riconducibile al fatto che la decisione *Dobbs* rimane indifferente agli interessi della donna (*autodeterminazione, salute, libertà di scelta*), mentre riconosce solo quello degli Stati (*o dello Stato federale*) a proteggere la vita potenziale di un futuro consociato. Verrebbe da chiedersi se in qualità di futuro contribuente, soldato o elettore.

Sulle argomentazioni di natura storica del divieto di aborto e l'applicazione delle teorie originaliste, il *Justice Breyer* afferma che non sia chiaro quale sia la loro rilevanza, dato che le prove storiche "that long predates [ratification] may not illuminate the scope of the right". La *dissenting* pone in evidenza una contraddizione logica e giuridica nella *majority opinion*: se storicamente nel common law l'aborto veniva considerato reato a partire dal *quickening* (cioè dal primo movimento percepibile del feto), ciò significa che vi fosse spazio non criminalizzato per gli *early abortion*. Tale criterio non è lontano dalla valutazione che *Roe* e *Casey* facevano dei summenzionati *early abortion*⁷⁷.

Ulteriormente, la *dissenting opinion* si chiede se nel Ventunesimo secolo si debba leggere il Quattordicesimo Emendamento come lo avrebbero letto i suoi promotori; similmente occorrerebbe chiedersi quali fossero i diritti presi in considerazione dai *Framers* a quel tempo. Sul punto, la *dissenting opinion* afferma che non fu il popolo (*il già evocato "We the people"*) a ratificare il Quattordicesimo Emendamento, ma solamente la parte bianca e maschile di esso. Infatti, il termine "*People*" include anche l'elemento femminile della popolazione, pertanto i *Founding Fathers*, in quanto uomini, non erano perfettamente sintonizzati sull'importanza dei diritti riproduttivi nel riconoscimento della libertà delle donne o per la loro capacità di partecipare paritariamente alla vita della Nazione. Coloro che

77 *Justice Breyer, dissenting opinion*, p. 13.

hanno ratificato la Costituzione nel 1788, il *Bill of Rights* nel 1791 e il Quattordicesimo Emendamento nel 1868 non pensavano, né intendevano considerare, le donne come partecipanti a pieno titolo della comunità nazionale raccolta nella frase “*We the People*”. In questo modo l’opinione di maggioranza sostiene che la lettura della Costituzione con gli occhi e la mentalità dei *Framers* comporta la considerazione delle donne come cittadine di seconda classe, mentre era proprio ciò da cui il precedente *Casey* intendeva proteggerle ovvero che venissero relegate ad uno *status* inferiore sia nella sfera pubblica sia in quella familiare. Invece, lo scopo della Costituzione è di proteggere tutti gli individui, maschi o femmine, dagli abusi del potere governativo (*o della Corte Suprema medesima*).

Vi è poi un ulteriore passaggio che richiama il contributo giuridico del già citato *Chief Justice Marshall*, il quale scrisse che Padri fondatori erano consapevoli di avere scritto un documento che sarebbe durato “*for ages to come*” e che doveva essere adattato al futuro⁷⁸. Ne consegue che, nonostante Costituzione fosse scritta, il suo significato non era inteso come immutabile. Infatti, i *Framers* comprendevano che il mondo avrebbe subito dei mutamenti anche dopo la promulgazione della Costituzione, né avrebbe potuto essere diversamente, dato che per primi i *Framers* stessi erano stati ispiratori di rivoluzioni che hanno “*infiammato il mondo*”⁷⁹. Essi non hanno definito i diritti facendo riferimento alle specifiche pratiche esistenti al tempo, ma li hanno definiti in termini generali, al fine di permettere future evoluzioni negli scopi e nei significati. E la Corte Suprema stessa ha accolto l’invito dei *Framers*, applicandoli in nuovi modi, in risposta dei nuovi bisogni e condizioni, dato che – inoltre – la tradizione costituzionale cui fa riferimento il *Justice Alito* nella sua opinione di maggioranza evolve, anche se si basa sui principi, la storia e i precedenti costituzionali. La tradizione costituzionale non cattura un singolo momento, ma concerne i mutamenti contenuti nel lungo percorso ricostruttivo dei precedenti, applicando i principi fondamentali della Costituzione alle nuove condizioni.

Infine, la *dissenting* prende in considerazione le ragioni valide per ribaltare un precedente, cioè: 1. un cambiamento nella dottrina che renda obsoleta la decisione precedente; 2. un cambiamento fattuale della medesima natura; 3. l’assenza di affidamento sulla validità del precedente stesso, perché la decisione precedente risale a meno di dieci anni prima.

Il *Justice Breyer* sottolinea che la sentenza *Dobbs* non integra nessuno di questi parametri, anzi *Roe* e *Casey* si inserivano nel percorso di protezione della libertà e dell’uguaglianza in conformità ai precedenti sul Quattordicesimo Emendamento.

Neppure è fondata la critica dell’*undue burden standard*, perché, come qualsiasi standard, deve essere applicato in modo flessibile, caso per caso, in una miriade di circostanze imprevedibili.

Anche la *dissenting opinion* si munisce di un’appendice che però fa riferimento alla critica dei 28 precedenti citati nell’opinione di maggioranza.

6. L’intricato mosaico normativo post-*Dobbs v. Jackson* e la risposta del corpo elettorale

A partire dal 25 giugno 2022, cioè il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza *Dobbs* che ha eliminato la regolamentazione federale, come è disciplinato l’aborto negli Stati Uniti? È possibile che venga introdotto addirittura un divieto federale di aborto?

A seguito di rigorosa lettura della lettera dell’opinione di maggioranza sembrerebbe di no, in

78 *McCulloch v. Maryland*, 4 Weath. 316, 415 (1819).

79 Espressione presa in prestito dal titolo del testo sulla Rivoluzione Americana scritto dallo storico britannico J. Israel, *The Expanding Blaze. How the American Revolution Ignited the World, 1775-1848*, Princeton University Press, 2017.

quanto la disciplina dell'aborto viene "restituita" al corpo elettorale di ciascuno dei 50 Stati federati. Tuttavia, in caso del raggiungimento di una maggioranza al Congresso federale contraria all'aborto, tale circostanza non potrebbe essere esclusa a priori.

In ogni caso, al momento in cui si scrive, a livello federale il Presidente Biden ha emanato due *Executive Order*⁸⁰ in cui tratta la situazione normativa post-*Dobbs* equiparandola ad una crisi sanitaria in corso, perché verrebbe impedito alle donne che vivono in Stati ove l'aborto è proibito di accedere a servizi abortivi in caso di pericolo per la loro salute e ai servizi sanitari riproduttivi essenziali. Tali circostanze coinvolgerebbero soprattutto le donne che vivono in comunità a basso reddito, rurali e poco servite, le quali ora sono costrette a recarsi in giurisdizioni dove tali servizi sono ancora legali, nonostante i costi o i rischi.

Il primo *Executive Order* è stato emanato l'8 luglio 2022. Esso protegge il diritto delle donne americane di viaggiare oltre i confini dello Stato in cui vivono per ottenere aborti e assistenza sanitaria riproduttiva. Invece, l'*Executive Order* del 3 agosto 2022 impone il rispetto delle leggi federali sulla non discriminazione nell'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva.

La disciplina in vigore (*o in attesa di entrare in vigore*) in materia di aborto in ciascuno dei cinquanta Stati è assai varia⁸¹. Dopo la pubblicazione della sentenza *Dobbs*, l'aborto è proibito sin dal momento del concepimento in Alabama, Arkansas, Missouri, Oklahoma, South Dakota, West Virginia, Kentucky, Idaho⁸², Louisiana, Mississippi, Tennessee e Texas; dopo le sei settimane di gestazione in Georgia; dopo il terzo trimestre in Virginia; dopo quindici settimane in Arizona Florida, dopo venti settimane in North Carolina; dopo ventidue settimane in Kansas⁸³, Iowa⁸⁴, Nebraska, Indiana, Wi-

80 *Executive Order 14076 (Protecting Access to Reproductive Healthcare Services)* 8 luglio 2022; *Executive Order (Securing Access to Reproductive and Other Healthcare Services)* 3 agosto 2022.

81 La ricostruzione del panorama normativo dei singoli Stati è stata effettuata a partire dalle seguenti fonti: C. Kitchener, K. Schaul, N. Kirkpatrick, D. Santamariña, L. Tierney, *Abortion is now banned in these states. See where laws have changed*, pubblicato sul Washington Post del 24 giugno 2022 e costantemente aggiornato (<https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/24/abortion-state-laws-criminalization-roe/>). Dopo le elezioni di midterm dell'8 novembre 2022, sono state consultate le seguenti fonti: C. Kitchener, K. Perry, K. Schaul, *Here's how abortion access fared in the midterm elections in nine states*, Washington Post, 12.11.2022, <https://www.washingtonpost.com/politics/interactive/2022/abortion-rights-election/>; M. Andre e al., *Abortion on the Ballot*, 13.11.2022, <https://www.nytimes.com/interactive/2022/11/08/us/elections/results-abortion.html>; Planned Parenthood, *Is Abortion Still Accessible in My State Now That Roe v. Wade Was Overturned?*, <https://www.plannedparenthoodaction.org/abortion-access-tool/US> e Abortion Finder, *State by State Guide*, <https://www.abortionfinder.org/abortion-guides-by-state>; E. Nash, P. Ephross, *State Policy Trends 2022: In a Devastating Year, US Supreme Court's Decision to Overturn Roe Leads to Bans, Confusion and Chaos*, in Guttmacher Institut, <https://www.guttmacher.org/2022/12/state-policy-trends-2022-devastating-year-us-supreme-courts-decision-overturn-roe-leads>. Queste ultime tre fonti sono state consultate il 20 gennaio 2023.

82 La Corte Suprema dell'Idaho ha respinto un ricorso contro il divieto di aborto respingendo l'affermazione secondo cui i diritti all'aborto sono "profondamente radicati" nelle tradizioni e nella storia dello Stato (*Planned Parenthood Great Northwest, Hawaii, Alaska, Indiana, Kentucky et al. v. State of Idaho et al.*, 5.3.2023).

83 In questo Stato la consultazione referendaria è avvenuta il 2 agosto 2022. Il corpo elettorale ha rigettato una mozione indirizzata a proibire l'aborto a partire al concepimento.

84 In Iowa, la *District Court for Polk County* ha confermato una *permanent injunction* inerente il "Act Prohibiting and Requiring Certain Actions Relating to a Fetus and Providing Penalties" del 2018 che limitava la liceità dell'intervento abortivo entro le sei settimane, ma non dopo la percezione dell'attività cardiaca fetale attraverso un'ecografia addominale, mentre l'azione giudiziaria era diretta a ottenere il divieto assoluto di aborto (*Planned Parenthood of the Heartland et al. v. State of Iowa et al.*, 12.12.2022).

sconsin, South Carolina⁸⁵ e Ohio; dopo ventiquattro settimane in Massachusetts, Pennsylvania e New Hampshire. In Connecticut, California, Delaware, Hawaii, Illinois, Maine, Montana, Maryland, Minnesota⁸⁶, New York, Michigan, Rhode Island e Washington l'aborto è proibito a seguito della percezione della *viability*, cioè della capacità di sopravvivenza del feto al di fuori del corpo materno.

Invece, in North Dakota, Wyoming⁸⁷, e Utah, il divieto di aborto, che avrebbe dovuto entrare in vigore in conseguenza di una c.d. *trigger law*⁸⁸, è ancora sotto scrutinio giudiziario. In Alaska, Oregon, Nevada, New Mexico, Colorado, District of Columbia, Vermont e New Jersey l'accesso all'aborto è tuttora garantito, senza particolari restrizioni legate al tempo di gestazione.

Durante le elezioni di *mid-term* dell'8 novembre 2022 il diritto di abortire è stato sottoposto allo scrutinio degli elettori: da un lato attraverso lo svolgimento di referendum in alcuni Stati dell'Unione che intendevano inserire la protezione di tale diritto ovvero il suo divieto nella Costituzione; mentre dall'altro lato l'elezione del Governatore in alcuni Stati presenta una potenziale influenza diretta sulla disciplina della materia secondo lo specifico programma elettorale vincente.

Nel primo caso, in Vermont⁸⁹, Michigan⁹⁰ e California⁹¹ è stata sottoposta al vaglio elettorale l'introduzione di una clausola di protezione costituzionale del diritto all'autodeterminazione riproduttiva. Invece, in Kentucky⁹² e Montana⁹³ la prospettiva era stata ribaltata, cioè veniva richiesto il consenso dei votanti all'introduzione nella costituzione dello Stato di una clausola ovvero la promulgazione di una normativa legislativa che proibisse l'aborto e i servizi ad esso collegati. Nonostante il

- 85 La Corte Suprema del South Carolina ha che ha annullato il divieto di aborto a sei settimane in base alla clausola sulla privacy contenuta nella Costituzione dello Stato (*Planned Parenthood South Atlantic et al. v. State of South Carolina et al.*, 5.1.2023).
- 86 In Minnesota, una corte distrettuale statale ha stabilito che le leggi sull'aborto relative all'assistenza medica obbligatoria, all'ospedalizzazione, alla criminalizzazione, alla notifica ai genitori e al consenso informato sono incostituzionali, in quanto violano i diritti di privacy della gestante protetti dalla Costituzione dello Stato. Nello specifico, la corte ha stabilito che tali violazioni della privacy riguardano in particolare la notifica ai genitori della minorenne incinta rispetto alla *Equal Protection Clause* statale e che l'imposizione ai medici di rivelare informazioni allo Stato sulle donne che vogliono abortire viola il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero (*Minnesota Distric Court, County of Ramsey, Jane Doe v. State of Minnesota*, 11.7.2022).
- 87 Sotto un profilo giudiziario, in Wyoming, la *District Court of Teton County* ha emanato una *preliminary injunction* contro l'entrata in vigore del divieto di interruzione di gravidanza in quanto tale legge discrimina le donne nell'accesso ai servizi sanitari perché limita il loro diritto costituzionalmente protetto di autodeterminarsi sulla loro salute (*District Court of Teton County, Johnson vs Wyoming*, 10.8.2022).
- 88 Ciò significa che il divieto è già approvato, ma è ancora condizionato ed entrerà in vigore al verificarsi di uno specifico evento o in una data precisa (M. Berns, *Trigger Laws*, Geo. LJ, 97, 2008, p. 1639 ss.).
- 89 *Proposal 5 Constitutional Right to Reproductive Autonomy* (approvata dal 76,7% dei votanti).
- 90 *Proposal 3 Constitutional Right to Reproductive Freedom*, compreso "*about all matters relating to pregnancy*", come aborto e contraccezione (approvata dal 56,7% dei votanti). In precedenza, la Court of Appeals dello Stato aveva emanato una decisione dagli effetti procedurali, ma con significativi risvolti sostanziali, cioè che il *General Attorney* dello Stato non poteva far applicare il divieto di aborto in vigore nello Stato, mentre ciò era ammissibile per i procuratori delle contee locali (*Court of Appeals, State of Michigan, In re Jarzynka*, 1.8.2022).
- 91 *Proposition 1 Constitutional Right to Reproductive Freedom*, inteso a proteggere "*person's reproductive freedom in their most intimate decisions*" (approvata dal 65,7% dei votanti).
- 92 *Constitutional Amendment 2, No Right to Abortion*. Tale emendamento avrebbe stabilito che non dovesse essere inserito alcun diritto di abortire o ogni altro riferimento a richieste di finanziamento ai servizi abortivi nella Costituzione dello Stato (rigettato dal 52,4% dei votanti).
- 93 *Montana Legislative Referendum 131, Born-Alive Infants Regulation*. Siffatta norma avrebbe permesso di considerare ogni nascituro come "*born alive*" ad ogni stadio della gravidanza, riconoscendogli capacità giuridica (rigettato dal 52,6% dei votanti).

divergente approccio al tema, l'opinione degli elettori è netta: l'aborto è un diritto che deve essere garantito e l'autodeterminazione della gestante non può essere limitata. Sul punto è possibile osservare che uno dei quesiti referendari ha scavalcato il riferimento specifico al genere femminile, dato che la *proposition* referendaria californiana si riferiva ai "diritti riproduttivi della persona nelle sue decisioni più intime", aprendo alle scelte autodeterminative delle persone LGBTIQ+.

Nel secondo caso, il voto elettorale può avere conseguenze dirette sulla disciplina in materia abortiva. In siffatto panorama le situazioni sono sfumate: la vittoria del candidato governatore democratico supportato da una maggioranza dello stesso colore sembra garantire lo *status quo* in Pennsylvania (ove l'aborto è accessibile fino a 24 settimane di gestazione), mentre è probabile un irrigidimento del quadro normativo in Georgia⁹⁴ e in Florida in quanto i candidati governatori avevano prospettato un divieto quasi assoluto invece delle attuali rispettive sei settimane e quindici settimane. La situazione sembra stabilizzata dopo il risultato elettorale in Wisconsin (*divieto di aborto dopo le 22 settimane di gestazione*), North Carolina (*20 settimane*) e Arizona⁹⁵ (*15 settimane*) perché i governatori eletti non hanno raggiunto una maggioranza solida per modificare la vigente normativa in materia⁹⁶.

7. Conclusioni

La decisione *Dobbs* ha avuto una risonanza estesa in tutto il mondo⁹⁷ e per taluno può essere considerata uno spunto di riflessione di diritto costituzionale interno per una possibile estensione della teoria dell'originalismo⁹⁸ nel nostro ordinamento. Tuttavia, a prima vista, la sentenza *Dobbs* non sembrerebbe rappresentare un modello per il sistema giuridico italiano. Infatti, la Corte Costituzionale italiana è intervenuta già nel 1975 riconoscendo la legittimità costituzionale della tutela della salute della donna, in particolare "quando sia accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e per l'equilibrio psichico della gestante, ma senza che ricorrano tutti gli estremi dello stato di necessità previsto nell'art. 54 del codice penale"⁹⁹.

94 In precedenza, la *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* si era pronunciata per l'immediata entrata in vigore della legge sull'aborto della Georgia, nota come *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act*. Tale legge interdice l'interruzione di gravidanza quando viene rilevata l'attività cardiaca del feto, dopo le prime sei settimane di gestazione. La Corte d'Appello aveva ribaltato la decisione della corte distrettuale federale di primo grado affermando che la Corte Suprema in *Dobbs* "chiara che non esiste alcun diritto all'aborto secondo la Costituzione, quindi la Georgia può vietarlo" (*United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. Governor of the State of Georgia*, 20.7.2022). Tuttavia la *Superior Court of Fulton County* aveva emanato un *order* secondo cui tale divieto era incostituzionale perché tale act era stato promulgato in un momento in cui "ovunque in America, compresa la Georgia, era inequivocabilmente incostituzionale per i governi - federali, statali o locali - vietare l'aborto prima della *viability*" (*Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective et al. v. State of Georgia*, 15.11.2022). Tuttavia, il contenzioso è giunto a conclusione poiché, con un *order* del 23 novembre 2022, la *Supreme Court of Georgia* ha ristabilito la vigenza del *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act* e con esso il divieto di aborto dopo la sesta settimana di gestazione.

95 La *Court of Appeals* dello Stato dell'Arizona ha bloccato l'applicazione del divieto di aborto del 1901, che vieta tutti gli aborti a meno che la procedura non sia necessaria per salvare la vita di una persona incinta (*Planned Parenthood Arizona, Inc. v. Mark Brnovich*, 7.10.2022).

96 Per le fonti, si veda la nota n. 80.

97 L. M. Morgan, *Global Reproductive Governance after Dobbs*, in *Current History*, (2023) 122 (840): 22–28; I. Porat, *Court Polarization: A Comparative Perspective*, in *46 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 3 (2023).

98 G. Caporali, *Dobbs v. Jackson*, cit.

99 Corte costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 75. G. Sorrenti, *Corte Suprema, "Dobbs v. Jackson": fra tradizionalismo ed evoluzione*

In *Dobbs*, tale tutela non è stata considerata meritevole di considerazione costituzionale, nonostante le ragionevoli e fondate argomentazioni dei *Justice Roberts, Breyer, Kagan e Sotomayor*. Siffatto rifiuto ha tramutato un bilanciamento di diritti in una decisione ideologizzata e politica in materia di esercizio di un potere.

Ciò nonostante, dalla decisione *Dobbs* possono scaturire delle riflessioni inerenti anche l'ordinamento italiano. A questo proposito si osserva che le rivendicazioni femminili di spazio decisionale e partecipazione pubblica stanno indebolendosi e la loro portata propulsiva verso il riconoscimento di parità ed uguaglianza sembrerebbe perdere fiato.

Un buon esempio concerne proprio le attuali posizioni femministe più massimaliste che riconducono la peculiarità della figura femminile alla maternità, rifiutando di riconoscere *“altri diritti come la fluidità di genere o la maternità surrogata, semplicemente utilizzando il solo argomento difensivo, centrato sulle insidie che i diritti riconosciuti ad altri porterebbero a quelli femminili, [che] sono sintomo di profonda debolezza”*¹⁰⁰.

Un ulteriore esempio riguarda la difficoltà di accedere ai servizi abortivi a causa della preponderante presenza dei medici c.d. obiettori nelle strutture sanitarie pubbliche che dovrebbero garantire la procedura abortiva ai sensi della legge 194/1978¹⁰¹, situazione per la quale lo Stato Italiano è stato condannato dallo Comitato dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa¹⁰².

Per questo è possibile intravedere analogie tra le vicissitudini statunitensi e la realtà italiana. Già a seguito della diffusione della c.d. *“bozza Alito”* si sono manifestate nel nostro Paese opinioni in favore della revisione della Legge n. 194/1978¹⁰³, ovvero l'avviarsi di alcune iniziative legislative attributive della capacità giuridica al nascituro fin dal concepimento¹⁰⁴. Altresì, sembrerebbe possibile indebolire l'accesso delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza stabilita dalla summenzionata Legge 194/1978 attraverso una interpretazione restrittiva del bilanciamento tra la tutela del nascituro e la tutela della salute della donna lasciando ai singoli servizi sanitari regionali la valutazione, anche economica, sul se e in quali modalità garantire tale prestazione sanitaria. L'esperienza della somministra-

dei diritti, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 610-614.

- 100 M. D'Amico, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in *La Lettera AIC, Originalismo e Costituzione*, 2022, disponibile su <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>. In giurisprudenza si veda, per esempio, la pronuncia delle SS.UU., secondo cui *“la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane (...) sia pure in conformità della lex loci”* (Cass. civ., Sez. Unite, 30/12/2022, n. 38162). Tale decisione, in tema di gestazione per altri, sembrerebbe restringere l'autodeterminazione della donna sul proprio corpo, perché la surrogacy è considerata violativa *in re ipsa* della sua dignità.
- 101 C. Lalli, S. Montegiove, *Mai Dati. Dati aperti (sulla 194)*, Roma, Fandango, 2022, *passim*.
- 102 European Committee of Social Rights of the Council of Europe, a decision published on 11 April 2016, the Italian General Confederation of Labour (CGIL) against Italy, complaint. 91/2013. In dottrina, L. Mecinska, C. James, K. Mukungu, *Criminalization of women accessing abortion and enforced mobility within the European Union and the United Kingdom*, in *Women & Criminal Justice*, 30(5), 2020, pp. 8 ss.; A. Carminati, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978* in *Osservatorio costituzionale*, 2/2014, p. 19.
- 103 M. R. Marella, *«Dobbs» e la geopolitica dei diritti*, in *Foro It.*, 2022, IV, p. 444; G. Razzano, *A proposito della bozza Alito: l'aborto è «una grave questione morale» e non un diritto costituzionale*, in www.giustiziainsieme.it, 24 giugno 2022.
- 104 Disegno di legge S. 14 intitolato *“Disposizioni per la tutela della famiglia e della vita nascente, per la conciliazione tra lavoro e famiglia e delega al Governo per la disciplina del fattore famiglia”* depositato il 13 ottobre 2022; Disegno di legge S. 165 intitolato *“Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito”* depositato il 13 ottobre 2022; Disegno di legge S. 464 intitolato *“Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano”* depositato il 13 gennaio 2023.

zione della pillola abortiva RU486¹⁰⁵ sembra fungere da modello per tale approccio, proprio in relazione alla disomogeneità dei regimi sanitari e alle conseguenti ripercussioni sulla fruizione di siffatto servizio sanitario.

In conclusione, l'impressione che si ricava dal dibattito in corso è che anche in Italia si stia sviluppando una contrapposizione ideologizzata tra i "pro life" e i "pro choice" a discapito della ragionevolezza necessaria per un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, riproponendo, come in uno specchio deformante, gli eccessi dello scenario statunitense.

105 C. Luzzi, *La contraccezione d'emergenza al bivio tra prevenzione e interruzione della gravidanza; problemi e prospettive di un metodo quasi (ma, oramai, non più) abortivo*, in *Nomos*, 2022, *passim*.