

Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense

Laura Fabiano*

THE STRAW THAT BROKE THE CAMEL'S BACK: ABORTION, POLITICAL POLARIZATION AND DEMOCRATIC CRISIS IN US FEDERALISM

ABSTRACT: Abortion has always been a topic of debate in the US social and legal context. This is an emblematic theme of how difficult it is to find a compromise on an ethical issue in a highly polarized society. The jurisprudential and normative approach through which the theme of the right to abortion has developed provides the researcher with many opportunities to evaluate the legal system. This article aims to trace the fundamental stages, in the American experience, of the complex and criticized jurisprudential affirmation of the right to abortion. Its purpose is to illustrate the articulated implications faced by abortion in American society. The article also examines the recent (highly controversial) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* decision by which the Supreme Court overruled *Roe v. Wade* jurisprudence.

KEYWORDS: Abortion; Supreme Court; stare decisis; overruling; political polarization

ABSTRACT: Il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza rappresenta, da sempre, nel contesto sociale e giuridico statunitense, un argomento di acceso dibattito in quanto costituisce un tema emblematico della difficoltà nel raggiungere, in una società altamente polarizzata un compromesso su di un tema etico che intreccia, inevitabilmente, in qualunque tentativo di bilanciamento, diritti e valori spesso del tutto contrapposti. Il percorso giurisprudenziale e normativo attraverso il quale, nell'esperienza nordamericana, si è snodato il tema del diritto all'aborto è fra i più critici e offre allo studioso numerose occasioni di valutazione dell'ordinamento sotto diversi punti di vista. Il presente contributo si propone di ripercorrere le tappe fondamentali, nell'ambito dell'esperienza statunitense, della complessa e criticata affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza illustrando gli articolati risvolti con il quale esso si confronta nella società americana la quale, nell'attuale fase di grave polarizzazione politica e sociale del Paese, esaspera i conflitti ideologici e rinnova tensioni sociali storiche evidentemente non ancora del tutto pacificate finendo, peraltro, per produrre un'alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri.

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari "A. Moro". Mail: laura.fabiano@uniba.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Corte Suprema; stare decisis; overruling; polarizzazione

SOMMARIO: 1. Il diritto all'aborto nell'ordinamento costituzionale e nel contesto sociale statunitense: cartina tornasole (e detonatore) delle tensioni politiche del Paese – 2. Dalla *privacy* all'aborto: il lungo percorso di affermazione giurisprudenziale dell'illegittimità del divieto assoluto di interruzione volontaria della gravidanza – 3. La vocazione liberale del diritto all'aborto: la giurisprudenza sul divieto di utilizzo dei finanziamenti federali e statali per il sostegno all'esecuzione di pratiche abortive e la decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* – 4. Il *Casey standard* e le normative statali: *TRAP*, *Trigger* e *Zombie Laws* – 5. Gli *Unborn Child Rights*: la normativa e la giurisprudenza sulle modalità di esecuzione dell'aborto nel *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 ed *l'Unborn Victims of Violence Act* del 2004 – 6. *L'Heartbeat Law* texana e le strategie applicative finalizzate ad aggirare la giurisdizione della Corte suprema – 7. La dottrina dello *stare decisis et non quiescere* nella giurisprudenza costituzionale statunitense – 8. La Corte suprema nel progressivo processo di polarizzazione della politica americana – 9. Il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, lo scandalo della pubblicazione della bozza della decisione e *l'overruling* dei precedenti giurisprudenziali sul diritto all'aborto – 10. Le implicazioni della decisione *Dobbs* nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh – 11. I compromessi possibili nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts – 12. L'aspra denuncia di sovvertimento della Costituzione nella *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor – 13. La *concurring opinion* del giudice Clarence Thomas: il ripudio del *substantive due process* e la crisi della funzione contromaggioritaria della Corte suprema – 14. La decisione *Dobbs*, il confederalismo dei diritti e le ricadute sulla forma di Stato statunitense.

1. Il diritto all'aborto nell'ordinamento costituzionale e nel contesto sociale statunitense: cartina tornasole (e detonatore) delle tensioni politiche del Paese

Il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza rappresenta, da sempre, nel contesto sociale e giuridico statunitense, un argomento di acceso dibattito in quanto costituisce un tema emblematico della difficoltà nel raggiungere, in una società altamente polarizzata (quale è certamente il contesto statunitense)¹ un compromesso su di un tema etico² che intreccia, inevitabilmente, in qualunque tentativo di bilanciamento³, diritti e valori spesso del tutto contrapposti⁴.

Il percorso giurisprudenziale e normativo attraverso il quale, nell'esperienza nordamericana, si è snodato il tema del diritto all'aborto è fra i più critici e offre allo studioso numerose occasioni di valutazione dell'ordinamento sotto diversi punti di vista: la portata delle clausole costituzionali, la tenuta delle tecniche interpretative giurisprudenziali e del principio dello *stare decisis*, la dinamica dei rapporti intercorrenti fra potere giudiziario e potere legislativo, le caratteristiche operative del federalismo.

¹ Cfr. J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford—New York NY, 2020; C. HARE, K.T. POOLE, *The Polarization of Contemporary American Politics*, in *Polity*, 46, 3, 2014, 411 ss.; G. HELTZEL, K. LAURIN, *Polarization in America: two possible futures*, in *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 34, 2020, 179 ss.

² Sul punto C. CASONATO, *Biodiritto e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI (a cura di), *Biodiritto in Dialogo*, Padova, 2006.

³ Sul tema, in generale G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006.

⁴ Cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.



Il tema è caratterizzato da una giurisprudenza della Corte suprema articolata ed in continua evoluzione, connotata da decisioni adottate da collegi decidenti spesso spaccati e da sentenze corredate da numerose opinioni concorrenti ed infuocate opinioni dissenzienti. A tale presupposto si associa una corposa attività legislativa statale e del Congresso federale finalizzata (perlopiù⁵) a circoscrivere la portata della giurisprudenza della Corte suprema ed inevitabilmente destinata ad alimentare, ogni volta, il contenzioso giurisprudenziale oltre che il dibattito in seno all'opinione pubblica⁶.

Il presente contributo si propone di ripercorrere le tappe fondamentali, nell'ambito dell'esperienza statunitense, della complessa e criticata affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza illustrando gli articolati risvolti con il quale esso si confronta nella società americana la quale, nell'attuale fase di grave polarizzazione politica e sociale del Paese, esaspera i conflitti ideologici e rinnova tensioni sociali storiche evidentemente non ancora del tutto pacificate (la questione femminile, il conflitto razziale, l'irrisolto dibattito sui c.d. *reproductive rights*, il fondamentalismo protestante, la differenziazione territoriale) finendo, peraltro, per produrre un'alterazione nei ruoli e nei rapporti istituzionali fra i poteri (in senso tanto orizzontale quanto verticale)⁷.

Emblematico esempio di tale stato delle cose è rappresentato dalle particolari vicende che hanno riguardato, in anni recenti, le nomine e le conferme alla Corte suprema⁸ in occasione delle quali non sembra un caso che gli *hearings* al Senato si siano spesso concentrati su tematiche apparentemente formalistiche (quali il punto di vista del giudice nominando sul principio dello *stare decisis* e sulle teorie e sulle tecniche dell'*overruling*) ma, nei fatti, di grande sostanza attenendo, invero, al modo in cui

⁵ A fronte della progressiva erosione della giurisprudenza garantista sul diritto all'aborto, vi sono ovviamente anche normative statali orientate a garantire tale diritto. Un esempio recente è dato dal *Reproductive Freedom Defence Act* adottato dallo Stato del Connecticut il 5 maggio 2022. Il testo della normativa è reperibile all'Url: <https://www.cga.ct.gov/2022/ACT/PA/PDF/2022PA-00019-R00HB-05414-PA.PDF>; sul detto atto normativo cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Connecticut-Reproductive-Freedom-Defense-Act>.

⁶ Cfr. sul tema, J. SHIMABUKURO, *Reviewing Recently Enacted State Abortion Laws and Resulting Litigation*, CRS Report LSB 10346, September 6, 2019.

⁷ La conflittualità ideologica polarizzata, impedendo la negoziazione, incide tanto sul regolare funzionamento del sistema dei *check and balances* e degli *sharing powers* (su cui il sistema ordinamentale si fonda) quanto sulla dinamica dei rapporti del *multilevel government* rischiando infine di produrre un'alterazione della forma di governo. Cfr. sul tema S. FABBRINI, *L'America e i suoi critici*, Bologna, 2005.

⁸ Come noto, nel 2016 il Senato ha negato il consenso alla nomina di Merrick Garland, nominato dal presidente Obama, sostenendo che la troppa ravvicinata scadenza (a otto mesi) del mandato presidenziale producesse una carenza di legittimazione del medesimo; tuttavia, qualche anno più tardi (nel 2020) tale ragionamento non è stato applicato alla nomina del giudice Amy Barrett da parte di Donald Trump il cui mandato scadeva poche settimane dopo. Già nel 2017 le vicende collegate alla nomina di un giudice alla Corte suprema avevano peraltro condotto ad assistere ad un'alterazione di tipo maggioritario quando i repubblicani hanno ottenuto la possibilità di invocare la c.d. "*nuclear option*" per la conferma dei giudici della Corte suprema (procedura espressamente vietata — nel 2013 — per l'*advice and consent* senatoriale alle nomine alla Suprema Corte). La *nuclear option* è una procedura parlamentare del Senato che in determinate circostanze può essere invocata per consentire di adottare delle decisioni a maggioranza semplice piuttosto che (come normalmente previsto) con la maggioranza qualificata dei due terzi. Sull'opzione nucleare in generale si rinvia a V. HEITSHUSEN, *Majority Cloture for Nominations: Implications and the "Nuclear" Proceedings*, CRS Report for Congress 7-5700, December 6th, 2013.

il giudice in corso di nomina intende il ruolo contromaggioritario⁹ giocato dalla suprema Corte nel sistema dei poteri¹⁰.

Ciò in quanto, nell'esperienza statunitense, l'aborto è tema, in prima battuta, certamente connesso ad un importante scontro valoriale fra sostenitori di principi ideologici contrapposti, ma è anche questione più complessa se si considera che esso pertiene al tema della normatività del documento costituzionale ed alle teorie sulla sua interpretazione¹¹.

2. Dalla *privacy* all'aborto: il lungo percorso di affermazione giurisprudenziale dell'illegittimità del divieto assoluto di interruzione volontaria della gravidanza

Il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza, nell'esperienza statunitense (così come in molti altri paesi) è strettamente collegato nelle sue radici storiche all'affermazione, a partire dai primi anni del Novecento, del movimento femminista e al sostegno, da parte di quest'ultimo, al più generale dibattito concernente la libertà di autodeterminazione femminile e, conseguentemente, del diritto genitoriale (e soprattutto materno) al controllo delle nascite¹². Tuttavia, l'affermazione (giurisprudenziale) del diritto all'aborto sopraggiunge solo all'inizio degli anni Settanta in stretta correlazione con un periodo storico nel corso del quale la società americana sperimentava una profonda evoluzione dei costumi¹³. Pur se negli anni precedenti alla decisione *Roe v Wade*¹⁴, la sentenza che rappresenta il primo fondamentale punto di svolta sul tema, il dibattito dottrinale aveva focalizzato le ipotesi di affermazione giurisprudenziale del diritto all'interruzione della gravidanza collegandole alla eguale protezione delle leggi¹⁵, nella decisione del 1973 il perno prescelto dalla Corte suprema per affermare la sussistenza implicita nella Costituzione di un tale diritto da parte della gestante è la *privacy* intesa come volano per l'affermazione della libera autodeterminazione individuale e femminile.

⁹ Il riferimento è certamente ad A. BIKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, 1986. Sul tema si rinvia alle osservazioni di C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, Relazione al Convegno AIC 2006, *La Circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio in Europa*, reperibile all'Url www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁰ Cfr. B.J. MURRIL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, CRS Report, September 24, 2018.

¹¹ Sul punto N.G. CEZZI, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel Diritto*, 3, 2020.

¹² È difatti nel 1921 che la nota (e, sotto alcuni profili, aspramente criticata) attivista per i diritti femminili Margaret Sanger, impegnata sul fronte del diritto alla contraccezione e, entro determinati limiti, all'aborto, fondò l'*American Birth Control League* ("Lega Americana di Controllo delle Nascite", ABCL) che divenne poi la *Planned Parenthood Federation of America* ("Federazione di genitorialità pianificata d'America") mentre, nel 1929, costituì il *National Committee on Federal Legislation for Birth Control* (Comitato Nazionale sulla legislazione federale per il controllo delle nascite). Sulla vita di Margaret Sanger ed il suo contributo alla causa femminista ed alla lotta per il controllo delle nascite si rinvia a E. CHESLER, *Woman of Valor: Margaret Sanger and the Birth Control Movement in America*, NY, 1992.

¹³ Cfr. sul punto H. GRAHM, *Legacy of the 1960s: The American "Rights Revolution" in an Era of Divided Governance*, in *Journal of Policy History*, 10, 3, 1998; S. WALKER, *The Rights Revolution: Rights and Community in Modern America*, NY, 1998. Più in generale, per una ricostruzione storica, si rinvia anche a A. TESTI, *Il secolo degli Stati Uniti*, Bologna, 2022.

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵ V. BARSOTTI, *Privacy e Orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

Da un punto di vista dottrinale il primo riconoscimento di un diritto alla *privacy*, nell'esperienza statunitense, risale ad un importante articolo¹⁶ di Samuel Warren e Lawis D. Brandeis del 1890 nel quale i due studiosi condannavano l'intrusione da parte dei giornalisti negli affari privati degli individui sostenendo l'esistenza di una sfera privata inviolabile.

La connessione del diritto alla *privacy* con la vita intima di un individuo riceve nella giurisprudenza della Corte un primo parziale riconoscimento nella decisione *Skinner v. Oklahoma*¹⁷ (nella quale il diritto alla procreazione viene sancito come fondamentale e dunque in grado di innescare uno scrutinio rigido nel controllo di costituzionalità delle leggi che lo comprimono) ma diviene evidente nel 1965, nella decisione *Griswold v. Connecticut*¹⁸, e soprattutto nel 1973 con la decisione *Roe v. Wade*¹⁹.

Prima della decisione *Griswold*, invece, il diritto alla *privacy* non era riconosciuto come autonomo ma era ricompreso come diritto accessorio alla proprietà²⁰.

¹⁶ Il contributo dottrinario (S. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 193 ss.) è considerato il più citato nella storia del diritto americano; sul punto si rimanda a I.R. KRAMER, *The Birth of privacy Law: A Century since Warren and Brandeis*, in *Catholic University Law Review*, 1990, 703 ss. ed a F.R. SHAPIRO, *The Most Cited Law Review Articles*, in *California Law Review*, 73, 1985, 1540 ss.

¹⁷ *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 35 (1942). La decisione proclamò l'illegittimità di un atto statale (il *Criminal Sterilization Act* dell'Oklahoma) che disciplinava la possibilità di sterilizzare le persone condannate per almeno tre volte (o più) per criminali classificati dell'Act medesimo come "*amounting to felonies involving moral turpitude*" (crimini comportanti depravazione morale). L'unanimità della Corte ritenne l'Act illegittimo in relazione all'*Equal protection clause* poiché la legge dell'Oklahoma considerava come inclusi fra i crimini di "*moral turpitude*" il furto (*larceny*), ma non l'appropriazione indebita (*embezzlement*), con una conseguente discriminazione fra persone provenienti da ceti disagiati o da minoranze razziali (che rischiavano di incorrere nella sterilizzazione, al contrario delle persone colpevoli anche ripetutamente e per ingenti somme di appropriazione indebita tendenzialmente appartenente però alla categoria dei c.d. "colletti bianchi"). La Corte ritenne che la legge contestata comportasse una discriminazione che, in sé, il legislatore, nella sua discrezionalità, sarebbe normalmente competente a tracciare ma che, per via della sua incidenza sull'attribuzione o sul godimento di un diritto fondamentale, quale il diritto alla procreazione, era da considerarsi *invidious* e da analizzare perciò attraverso lo scrutinio rigido di controllo di costituzionalità. La decisione *Skinner* inaugurò pertanto l'analisi del sindacato di costituzionalità di tipo *strict* delle normative incidenti sui *fundamental interests*, e contemporaneamente, qualificò il diritto alla procreazione come fondamentale. Con la redazione di un'opinione concorrente il giudice Stone considerò la legge illegittima anche per violazione della *due process clause*. Con la decisione *Skinner* la Corte ribalta un infamante precedente in materia rappresentato dal caso *Buck v. Bell*, 274 US 200 (1927) in cui la Corte aveva valutato come legittimo uno *Statute* della Virginia in base al quale, esaurite determinate procedure, era possibile procedere alla sterilizzazione di alcune persone ricoverate negli istituti per ritardati mentali; famosa è l'opinione espressa in tale occasione dal giudice Holmes, per il quale la legge della Virginia era più che ragionevole giacché se la Nazione può chiedere ai propri "cittadini migliori" di sacrificare la propria vita in caso di guerra, può anche domandare un ben minore sacrificio agli altri e, del resto, considerando che nel caso in questione si trattava di sterilizzare una ragazza di 18 anni ritardata figlia di ritardata (la quale "non era riuscita ad evitare" uno stupro nello stesso istituto per minorati nel quale era ricoverata) «*three generations of imbeciles are enough*». Sulla decisione si rimanda a P.A. LOMBARDO, *Three generations. No Imbeciles: New Light on Buck v. Bell*, in *New York Law Review*, 60, 1985, 30—62. La decisione è tradotta in parte 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, 2006, 212-216.

¹⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

²⁰ Emblematico esempio di tale legame è la decisione *Olmstead v. United States*, 277 US 438 (1928). Il caso riguardava Mr Roy Olmstead, sospettato dalla polizia di essere un falsario; gli agenti federali, senza alcuna

In realtà, già nel loro fortunato articolo del 1890, Warren e Brandeis, associando con maestria alcuni precedenti inglesi, avevano sostenuto l'esistenza di un *tort of privacy* — quindi, tecnicamente, un illecito civile — affermatosi nel diritto americano come naturale evoluzione della *common law* non legato al concetto di proprietà quanto invece descrivibile come un “*right to be alone*”. La dottrina successiva²¹, sulla scorta di quanto affermato dai due giuristi, ha rinvenuto poi nel concetto di *privacy* numerosi altri significati ed accezioni²² che spaziano dalla possibilità per ognuno di controllare le informazioni che lo riguardano²³ alla libertà morale dell'individuo di impegnarsi nel proprio pensiero e nelle proprie azioni²⁴ (distinguendo in tal modo la c.d. *informational privacy*, dalla c.d. *fundamental decision privacy*²⁵ o *autonomy privacy*) in parallelo ad una giurisprudenza la quale ha condotto la *privacy* ad una correlativa moltiplicazione di se stessa da ipotesi di *tort*, quale illecito civile, a diritto

autorizzazione della magistratura, avevano installato delle spie per intercettazione nell'ingresso e nella strada del palazzo ove Mr. Olmsted aveva il proprio ufficio. La Corte, nell'opinione di maggioranza redatta dal giudice Taft, aveva ritenuto che tale azione degli agenti federali non costituisse violazione del IV emendamento perché, di fatto, non vi era stata alcuna violazione fisica della proprietà del ricorrente ed aveva ulteriormente specificato che una lesione del IV emendamento poteva essere invocata solo qualora vi fosse stato un «official search and seizure of his papers or his tangible material effects or an actual physical invasion of his house or curtilage for the purpose of making a seizure». Dissentendo dalla decisione di maggioranza, il giudice Brandeis delinea, questa volta nella giurisprudenza piuttosto che nella dottrina, i contorni di quello che verrà riconosciuto (quaranta anni dopo) come diritto alla *privacy* affermando che «The protection guaranteed by the amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favourable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect [...] They conferred, as against the government, the right to be let alone—the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect, that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment». La tesi di Brandeis, verrà ripresa e confermata dalla Corte suprema solo molti anni dopo quando con la decisione *Katz v. United States*, 380 US 347 (1967) la protezione del IV Emendamento verrà estesa anche alle intercettazioni telefoniche. È interessante osservare come negli stessi anni in cui matura presso la suprema Corte federale una maggiore consapevolezza circa l'evoluzione dei tempi per cui si rivela necessario interpretare la Costituzione ed i suoi emendamenti al progresso tecnologico, altrettanto e contemporaneamente, sembra maturare in parte anche un'evoluzione circa l'accettazione di nuovi costumi giacché negli stessi anni la Corte giunge ad emettere la decisione *Grinswold v. Connecticut* (del 1965) in cui viene affermata la libertà di ogni individuo a compiere alcune scelte intime senza intrusioni da parte dello Stato.

²¹ La dottrina americana sulla *privacy* seguente all'articolo di Warren e Brandeis è immensa; si rimanda, per tenere conto delle posizioni principali, a R. POUND, *Interests in Personality*, in *Harvard Law Review*, 28, 1915, 343 ss.; *Privacy*, a cura di J.R. PENNOCK e J.W. CHAPMAN, New York, Atherton Press, 1971; A.L. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967; L. HENKIN, *Privacy and Autonomy*, in *Columbia Law Review*, 79, 1974, 1410 ss. Per la dottrina italiana si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana*, cit., Torino, 2005 ed a C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, cit., Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 1995.

²² Non a caso, per i diversi significati che può assumere, il diritto alla *privacy* è stato definito come un diritto proteiforme in relazione al quale ci si può interrogare se sia “*one concept or many*”. Sul punto V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit. e P.A. FREUND, *Privacy: One Concept or Many?*, in J.R. PENNOCK e J.W. CHAPMAN (a cura di), *Privacy*, op. cit., 182 ss.

²³ A.L. WESTIN, op. cit.

²⁴ L. HENKIN, op. cit.

²⁵ Sulla detta differenza si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana*, cit.

fondamentale protetto a seconda dei casi dal I, IV e XIV emendamento della Costituzione statunitense.

Nel 1965, con la decisione *Griswold*, la Corte suprema separa per la prima volta il diritto alla *privacy* dalla proprietà in una decisione, centrale nell'affermazione dell'*autonomy privacy*, in tema di contraccezione²⁶.

Fra il 1923 ed il 1963, nello Stato del Connecticut, si erano susseguite più di 25 proposte di legge sull'abolizione dei divieti posti alle politiche di controllo delle nascite ma nessuna di tali proposte era mai giunta ad essere approvata come legge. Nel 1965 era pertanto ancora vigente il divieto di informazione e distribuzione di contraccettivi posto da una legge statale del 1879.

Il caso *Griswold* ha origine dalla condanna di Estelle Griswold, *executive director* della *Planned Parenthood League* del Connecticut, e del Dott. Lee Buxton, direttore medico di una clinica di Yale, i quali avevano pubblicamente distribuito contraccettivi come manifestazione di dissenso nei confronti della normativa del 1879 ed erano giunti dinanzi alla Corte Suprema contestando tale normativa come illegittima in relazione alla clausola del *Due process* del XIV emendamento²⁷.

La decisione della Corte, redatta dal giudice Douglas, ricollegandosi a due importanti decisioni dei primi anni Venti le quali avevano sancito il diritto dei genitori a decidere liberamente circa l'educazione scolastica dei figli²⁸, ricostruisce e definisce la portata delle garanzie espresse nel Primo emendamento affermando che esso, come tutti gli articoli del *Bill of Rights*, comprende garanzie le quali si estendono oltre quanto specificatamente enunciato, andando a ricomprendere una "penombra" nella quale sono presenti diritti e libertà senza i quali quanto garantito nel *Bill of Rights* sarebbe svuotato di gran parte del proprio significato²⁹.

La qualificazione del diritto alla procreazione quale diritto fondamentale in *Skinner* così come l'affermazione del diritto ad educare i figli secondo le proprie convinzioni personali, definiscono, se-

²⁶ Nella giurisprudenza statunitense la *fundamental decision privacy* non si riconnette esclusivamente ai temi della contraccezione e dell'interruzione volontaria della gravidanza; numerose sono infatti anche le decisioni che, in relazione alle garanzie offerte dal XIV emendamento, trattano anche di eutanasia. Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana, cit.*, in particolare 86-93 e della stessa A., *L'arte di Tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

²⁷ Prima del 1965 si erano già posti dei casi di contestazione della legittimità della legge del Connecticut sulla contraccezione che però la Corte non aveva affrontato nel merito una prima volta per mancanza di legittimazione ad agire (*Tielston v. Ullman*, 318 US 44(1943)) ed una seconda volta per motivi di "maturità" della questione (tecnicamente *ripeness*) in *Poe v. Ullman*, 367 US 479 (1961). Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia Americana, cit* e della stessa A., *L'arte di Tacere, cit.*, la quale pone in evidenza in tale circostanza come il non decidere della Corte suprema costituisca di per sé una forma particolare di giurisprudenza in negativo.

²⁸ Si tratta delle decisioni *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390 (1923) e *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925). Il primo caso riguardava una legge dello Stato del Nebraska che poneva delle gravi limitazioni alla possibilità di frequenza di lezioni private di lingue straniere ai minori (con divieti pressoché assoluti per i bambini che non avevano ancora frequentato l'ottava classe); ciò secondo gli estensori della normativa al fine di salvaguardare lo stato di salute dei minori danneggiato da un numero eccessivo di ore di studio nel corso della giornata. Il secondo caso trattava della possibile incostituzionalità di una normativa vigente nello Stato dell'Oregon in base alla quale tutti i minori fra gli otto ed i sedici anni erano tenuti a frequentare esclusivamente scuole pubbliche.

²⁹ Sul caso *Griswold* e la *constitutional privacy* come "penombra" si rimanda a C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori, cit.*

condo la Corte, uno spazio di autodeterminazione privata garantito dal diritto alla *privacy* attraverso la lettura congiunta del Primo, del Terzo, del Quarto, del Quinto e del Nono emendamento.

Nella decisione di maggioranza il giudice Douglas si sforza di ancorare il riconoscimento del diritto alla *privacy* al dettato costituzionale. Si tratta di una scelta comprensibile in considerazione del fatto che la decisione *Lochner*, e le polemiche cui ad essa erano seguite, era ancora un ricordo troppo recente perché il giudice costituzionale potesse adottare decisioni poco deferenti nei confronti del legislatore e legate al testo costituzionale solo attraverso il richiamo alla clausola del *Due process*³⁰.

Alcuni giudici percorrono ugualmente tale ultima strada in alcune opinioni concorrenti.

Il giudice Goldberg, ad esempio, sostiene che il difendere i diritti fondamentali, anche solo in base alla clausola del *Due process*, corrisponda al ruolo proprio della Corte indipendentemente da un richiamo espresso di tali diritti nel *Bill of Rights*.

A propria volta il giudice Harlan, confermando quanto già affermato precedentemente in una *dissenting opinion* al caso *Poe v. Ullman*³¹, sostiene anch'egli che la *Due process clause* protegga i diritti fondamentali anche non espressamente citati nel *Bill of Rights*, ed in particolare che la *privacy* coniugale fosse fra i diritti garantiti dalla clausola del XIV emendamento.

Di segno opposto alle posizioni espresse nelle *concurring opinions* è l'opinione manifestata dai giudici Black e Stewart nella loro *dissenting opinion*; per costoro, non vi è alcuna base di rango costituzionale a giustificazione dell'esistenza di un diritto alla *privacy* e non è compito del giudiziario elaborare garanzie costituzionalmente non previste.

Il diritto alla *privacy*, come definito nella decisione del 1965, non riguarda però il singolo individuo quanto la coppia unita in matrimonio il cui legame, precedente alla istituzione statale (e da questa riconosciuta) esige un rispetto tale per cui le scelte compiute dalla coppia in materia di contraccezione non possono subire condizionamenti dallo Stato.

Nel 1972, nella decisione *Eisenstadt v. Baird*³², il giudice Brennan, relatore per la Corte, afferma in un *obiter dictum* che la *privacy*, e le garanzie costituzionali che riguardano questo diritto, concernono ogni individuo e prescindono dal rapporto matrimoniale³³; tuttavia la *privacy*, come garanzia individuale che prescinde dal rapporto matrimoniale, diviene a pieno titolo principio affermato in giurisprudenza solo l'anno successivo con la decisione *Roe v. Wade*³⁴.

³⁰ Sulla giurisprudenza connessa alla c.d. *economy due process* di *Lochner* e la successiva giurisprudenza sulla *substantive due process* in relazione alla *privacy* si rinvia alle osservazioni svolte nel paragrafo 13 del presente lavoro. Si rinvia inoltre anche a S. CHOUDRY, *The Lochner era and comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 1, 2004, 1 ss.

³¹ *Poe v. Ullman*, 367 US 497 (1961). Il caso riguardava uno *Statute* dello Stato del Connecticut il quale proibiva l'uso di contraccettivi e la distribuzione di materiale informativo sull'argomento. La Corte non si pronunciò nel merito ritenendo che il caso fosse *ripeness* ovvero non maturo o ipotetico. In una *dissenting opinion* il giudice Harlan citò esplicitamente il diritto alla *privacy* in relazione all'invasione nella sfera privata matrimoniale perpetrata dall'atto normativo in questione.

³² *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972). Il caso riguardava un docente della *Boston University*, William Baird, il quale al termine di una lezione sulla contraccezione aveva distribuito ai presenti dei contraccettivi in violazione ad una legge del Massachusetts in base alla quale era vietato a persone che non fossero medici o farmacisti distribuire a persone non sposate ogni tipo di materiale per il controllo della gravidanza.

³³ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US at. 453.

³⁴ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Il caso *Roe* fu discusso una prima volta nel dicembre del 1971 da una Corte composta da 7 componenti. Nella *conference* la Corte si spaccò decidendo infine per l'incostituzionalità del

Il caso *Roe* origina da una *class action* promossa da una donna (Jane Roe è uno pseudonimo)³⁵ alla quale era stato proibito un aborto in base ad una legge del Texas.

La normativa permetteva l'interruzione di gravidanza esclusivamente per fini terapeutici (decisa da un medico a salvaguardia della vita della gravida) e proibiva l'aborto in ogni altro caso.

Nell'opinione di maggioranza il giudice Blackmun, dopo aver ripercorso le scelte normative passate in tema di aborto³⁶, individua ed analizza tre possibili motivazioni che giustificano una normativa stringente in tema di interruzione di gravidanza: scoraggiare una condotta sessuale illecita, preservare la salute della donna in considerazione dei rischi medici causati dall'aborto, preservare il diritto alla vita (futura) del feto. Considerando solo queste ultime due come finalità legittimamente perseguibili dal legislatore³⁷, la Corte procede perciò a bilanciarle con il diritto alla *privacy* che, pur non previsto espressamente dalla Costituzione, è stato riconosciuto come diritto di rango costituzionale per via giurisprudenziale e che ha una portata sufficientemente ampia da ricomprendere le decisioni personali di una donna in materia di gravidanza.

Pertanto, pur non ammettendo un diritto assoluto all'aborto, la Corte riconosce la necessità di un bilanciamento in relazione ad una scelta che riguarda profondamente la vita intima della donna e l'interesse dello Stato a preservare la vita del feto che aumenta con il progredire della gravidanza ma non è tale da consentire ad una legge di vietare in assoluto l'interruzione di una gestazione. In particolare, nella decisione *Roe*, la Corte suddivide il periodo della gravidanza in tre trimestri: durante i

divieto di aborto in discussione a causa della eccessiva indeterminazione della normativa impugnata. Il giudice Blackmun impiegò circa sei mesi a redigere l'*opinion* della Corte. Nel frattempo vennero nominati due nuovi giudici alla Corte suprema: Renhquist e Powell. I membri restanti in minoranza nella prima decisione *Roe* fecero notare come una Corte spaccata a metà su di un tema così importante avrebbe potuto pronunciarsi in senso opposto nel giro di poco tempo e proposero pertanto di ridiscutere il caso. La *motion for reargument* fu approvata ed il caso venne pertanto discusso nuovamente nell'ottobre del 1972 con esito identico. Tuttavia l'argomentazione offerta a sostegno dell'incostituzionalità della legge cambiò facendo leva, questa seconda volta, sul diritto alla *privacy* piuttosto che sulla vaghezza dell'atto impugnato.

³⁵ L'azione si presentava come una *class action* proposta in realtà da una donna di nome Norma McCorvey la quale agiva «on behalf of herself and all other women similarly situated» 410 US 113, 120 n. 4 (1973). È interessante osservare come per la decisione *Roe* si presentassero fondati problemi di *mootness* (situazione per la quale a causa dello scorrere del tempo il conflitto dalle parti, il "*case and controversy*" richiesto dall'articolo III della Costituzione federale, pur in principio sussistente, è venuto meno) che avrebbero potuto essere utilizzati dalla Corte per decidere di non decidere. Quando, infatti, il caso arrivò dinanzi alla Corte Suprema la ricorrente aveva già partorito e la pronuncia, pertanto, non avrebbe avuto alcun effetto sulla sua situazione giuridica soggettiva. Mancava pertanto una condizione fondamentale di *justitiability* e nonostante ciò la Corte procedette alla decisione sottolineando che, essendo i tempi della giustizia molto lunghi (più lunghi di quelli di una gravidanza) nessun caso di richiesta di aborto avrebbe mai potuto essere deciso se si fosse applicata la dottrina della *mootness* in modo rigoroso. La maggioranza della Corte aggiunse inoltre che la decisione andava adottata anche perché si trattava di una situazione che andava oltre il singolo caso perché situazioni analoghe potevano riguardare tante altre donne e, per il futuro, la stessa ricorrente. Sul punto si rimanda a V. Barsotti, La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto, in *Rivista di Diritto Civile*, 1990, 556, 8 e della stessa A., in relazione al decidere o non decidere della Corte Suprema, *L'arte di Tacere*, cit., in particolare 183-191.

³⁶ L'*excursus* storico parte dalle scelte in tema di aborto delle antiche civiltà, dalla persiana alla greca alla romana ed analizza, oltre la compatibilità dell'aborto con il giuramento di Ippocrate, l'approccio adottato in materia dalla *Common Law*.

³⁷*Roe*, 410 US at 154.

primi tre mesi di gestazione la decisione di abortire è affidata esclusivamente in capo alla donna ed al suo medico; nel secondo trimestre lo Stato è abilitato a regolamentare le procedure connesse all'aborto al fine di proteggere la salute della madre; nel terzo trimestre, infine, periodo nel quale il feto, secondo la Corte, raggiunge la c.d. "viability"³⁸ (ovvero la capacità di sopravvivere al di fuori del grembo materno), lo Stato può regolare l'accesso alla pratica abortiva (e anche vietarla) a meno di provato pericolo di vita per la madre³⁹.

Nello stesso giorno nel quale viene deciso il caso *Roe*, la Corte suprema adotta anche un'altra sentenza concernente il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza ovvero il caso *Doe v. Bolton*⁴⁰. In tale decisione, proclamando l'illegittimità della legge sull'aborto dello Stato della Georgia che poneva diversi limiti alla praticabilità fattuale dell'interruzione volontaria della gravidanza (la necessità che l'aborto venisse praticato solo in strutture pubbliche dotate di un particolare accreditamento, che l'aborto fosse approvato da una commissione ospedaliera e fosse praticato alla presenza di almeno tre medici ecc.), la Corte sottolineava implicitamente la portata concreta del diritto affermato nella decisione *Roe*.

3. La vocazione liberale del diritto all'aborto: la giurisprudenza sul divieto di utilizzo dei finanziamenti federali e statali per il sostegno all'esecuzione di pratiche abortive e la decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*

La sentenza *Roe* è oggetto di aspra critica, sin da subito, da parte della dottrina giuridica statunitense che ne contesta lo stile argomentativo scarsamente ancorato al disposto costituzionale⁴¹ e che, in vir-

³⁸ La dimensione tecnico scientifica (tutta da valutare) cui è ancorata la decisione *Roe* è divenuta nel tempo un fattore di debolezza della sentenza giacché l'evoluzione medica in tema di conoscenze sullo sviluppo fetale, chirurgia fetale e terapia intensiva neonatale ha, nello scorrere del tempo, spostato il concetto di vitalità come descritto dalla Corte suprema nella decisione del 1973 ad un periodo decisamente precedente alla fine del secondo trimestre. Questa obiezione rientra fra le tante che nel tempo hanno cercato di minare la decisione *Roe v. Wade*. Sul punto si rinvia a R.H. BLANK, *Judicial Decision Making and Biological Fact: Roe v. Wade and the Unresolved Question of Fetal Viability*, in *The Western Political Quarterly*, 37, 4, 1984, 584 ss. Per un'analisi critica dell'uso da parte della Corte suprema del dato scientifico, soprattutto in occasione della decisione *Roe* cfr. L. GREENHOUSE, *The Supreme Court & Science: A Case in Point*, in *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 147, 4, 2018, 28 ss.

³⁹ *Roe*, 410 US at 164.

⁴⁰ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

⁴¹ Fra le critiche più note emergono quelle avanzate da A. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven, Yale, 1975 ed a J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, 920 ss. Bickel afferma difatti che «But if the Court's model statute is generally intelligent, what is the justification for its imposition? If this statute, why not one on proper grounds of divorce, or on adoption of children? [...] One is left to ask why. The Court never said. It refused the discipline to which its function is properly subject. It simply asserted the result it reached. This is all the Court could do because moral philosophy, logic, reason, or other materials of law can give no answer. [...] It is astonishing that only two dissented from the Court's decision. [...] The dissenters were Justices Byron White and William Rehnquist. The Court's decision was an "extravagant exercise" of judicial power, said Justice White; it was a legislative rather than a judicial action, suggested Justice Rehnquist. So it was, and if the Court's guess on the probable and desirable direction of progress is wrong, that guess will nevertheless have been imposed on all fifty states», 29; Ely avanza osservazioni analoghe sostenendo che «What is frightening about *Roe* is that this super-protected right is not inferable from the language of the

tù del carattere salomonico della decisione, arriva a paragonarla al caso *Plessy v. Ferguson*⁴². La Corte viene accusata di aver superato i limiti della propria discrezionalità interpretativa⁴³ e viene criticata la leziosità e l'inutilità dei richiami storici che impegnano la prima parte della motivazione⁴⁴. Risulta evidente, alla dottrina e all'opinione pubblica, che la decisione non è stata in grado di porre un punto fermo al dibattito che si consuma su tale tema e questo stesso dato viene considerato una conferma ulteriore della fragilità della decisione *Roe*⁴⁵.

Constitution, the framers' thinking respecting the specific problem in issue, any general value derivable from the provisions they included, or the nation's governmental structure. Nor is it explainable in terms of the unusual political impotence of the group judicially protected vis-a-vis the interest that legislatively prevailed over it. And that, I believe [...] is a charge that can responsibly be leveled at no other decision of the past twenty years», 935-936. Analogamente L.H. TRIBE, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, in *Harvard Law Review*, 87, 1973, 1 ss. afferma: «One of the most curious things about *Roe* is that behind its own verbal smokescreen, the substantive judgment on which it rests is nowhere to be found», 7. Si rinvia inoltre ad A. COX, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford, 1976: «[T]he Justices read into the generalities of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment a new 'fundamental right' not remotely suggested by the words», 54. Cfr. inoltre D. BYRN, *An American Tragedy: The Supreme Court on Abortion*, in *Fordham Law Review*, 41, 1973, 807 ss.

⁴² Cfr. fra i tanti A.J. DELLAPENNA, *Nor Piety Nor Wit: The Supreme Court on Abortion*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 6, 1974-75, 379 ss.: «By concluding without explanation that the foetus could be no more than potential life, the Court has come up with what appears to be a politically viable compromise. As in 1896 the Court has gained support by sacrificing invisible people», 409.

⁴³ R.A. DESTRO, *Abortion and the Constitution: The Need for a Life-Protective Amendment*, in *California Law Review*, 63, 1975, 1250 ss.: «Since the Court was apparently unwilling to disclose the constitutional basis of this particular facet of its ultimate resolution of the merits of *Roe v. Wade*, the holding, of necessity, must rest upon a determination that the judicial power of the United States includes the right to restrict the protection of fundamental liberties to those classes the Court deems worthy. This was the only theory upon which the Court's implication of a right to abortion could rest. While the Court undoubtedly has the power to engage in such interpretation, the exercise of that power gives an entirely new significance to the maxim that the 'constitution [sic] is what the judges say it is», 1260.; R.G. MORGAN, *Roe v. Wade and the Lesson of the Pre-Roe Case Law*, in *Michigan Law Review*, 77, 1979, 1724 ss.: «Rarely does the Supreme Court invite critical outrage as it did in *Roe* by offering so little explanation for a decision that requires so much. The stark inadequacy of the Court's attempt to justify its conclusions [...] suggests to some scholars that the Court, finding no justification at all in the Constitution, unabashedly usurped the legislative function. [...] Even some who approve *Roe*'s form of judicial review concede that the opinion itself is inscrutable», 1724.; R.A. POSNER, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, in *Supreme Court Review*, 1979, 173 ss.: «[*Roe* raises] the question whether we have a written constitution, with the limitations thereby implied on the creation of new constitutional rights, or whether the Constitution is no more than a grant of discretion to the Supreme Court to mold public policy in accordance with the Justices' own personal and shifting preferences», 199 ss.

⁴⁴ R.A. EPSTEIN, *Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases*, in *Supreme Court Review*, 1973, 159 ss.: «Before Mr. Justice Blackmun was ready to deal with the constitutional issues, he found it necessary to burden his opinion with an exhaustive history of abortion from ancient times until the present day. It is difficult to see what comfort he could draw from his researches, for at no point do they lend support for the ultimate decision to divide pregnancy into three parts, each subject to its own constitutional rules. [...] Those who wish to check the footnotes in Mr. Justice Blackmun's history of law and practice of abortion are free to do so, but they are warned that neither the mass nor the antiquity of the sources can conceal their essential irrelevance to the constitutional inquiry», 167.

⁴⁵ Afferma, ad esempio, R.A. EPSTEIN, *op. cit.*: «In the months that have passed since the decision in *Roe v. Wade*, its troubled logic has added a new dimension to a burning controversy. The diversity of opinions on all aspects of the abortion question might have suggested that the Court should have been careful not to fore-

Nonostante l'aspro dibattito in corso in sede dottrinale, la giurisprudenza immediatamente seguente al 1973, forse proprio quale tentativo di consolidare il precedente e di ribadire agli Stati la profonda portata di quanto oramai stabilito, si propone non solo come confermativa del disposto di *Roe* ma anche come volta a definire una lettura in senso ampliativo delle sue conseguenze. Si susseguono, dunque, numerose pronunce che sanzionano le normative statali volte a disciplinare in senso limitativo le procedure abortive nelle fasi iniziali della gravidanza: in *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*⁴⁶ la Corte dichiarò incostituzionali alcune disposizioni che richiedevano, per l'interruzione della gravidanza, il consenso del marito (o dei genitori, in caso di minore) e che obbligavano il medico ad adottare tutte le misure necessarie a salvare la possibile vita del feto; in *Colautti v. Franklin*⁴⁷ la Corte chiarì che il concetto di vitalità del feto fosse determinazione riservata alla esclusiva discrezionalità del medico; in *Belotti v. Baird (II)*⁴⁸, e *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*⁴⁹ la Corte invalidò nuovamente disposizioni statali che richiedevano il consenso dei genitori per l'aborto di una minore; in *Planned Parenthood Association v. Ashcroft*⁵⁰ la Corte dichiarò l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge dello Stato del Missouri che richiedevano, per gli aborti eseguiti dopo 12 settimane di gravidanza, l'effettuazione esclusiva della pratica abortiva in ospedale, la presenza di un secondo medico durante l'esecuzione di un aborto eseguito dopo il periodo *pre-vitality* e l'ottenimento (per i minori) del consenso dei genitori o del Tribunale per i minorenni. In *Thornburgh v. American College of Obstetrician and Gynecologist*⁵¹ la Corte suprema sanzionò, per analoghe ragioni, alcune disposizioni della legge sull'aborto dello Stato della Pennsylvania⁵². In contrasto con tale giurisprudenza si registra, negli anni appena successivi alla decisione *Roe*, un'attività legislativa federale e statale volta a circoscrivere la portata della decisione della Corte suprema. Nel 1976, su proposta del membro della Camera dei Rappresentanti Henry J. Hyde, viene adottato il c.d. *Hyde Amendment*, ovvero una modifica del *Department of Labor and Health, Education, and Welfare Appropriation Act*, che incide sui fondi del *Medicaid program*, in base alla quale «None of the funds contained in this Act shall be used to perform abortions except where the life of the mother would be endangered if the fetus were carried to term»⁵³. L'adozione di tale modifica limitativa dell'utilizzo dei fondi federali (cui seguono delle analoghe normative adottate a livello statale) conduce ad un nutrito contenzioso costituzionale in relazione al quale sembra emergere un'impronta di tipo eminentemente liberale impressa al diritto riconosciuto in *Roe*. A fronte, infatti, della giurisprudenza che a partire dal 1973, e per tutti gli anni Ottanta, rimuove gli ostacoli che di fatto impediscono il libero esercizio della scelta autodeterminativa femminile

close debate on the issue by judicial decision, and more careful still not to use constitutional means to resolve the question», 168.

⁴⁶ *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 US 52 (1976).

⁴⁷ *Colautti v. Franklin*, 439 US 379 (1979).

⁴⁸ *Belotti v. Baird (II)*, 443 US 622 (1979).

⁴⁹ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

⁵⁰ *Planned Parenthood Association v. Ashcroft*, 426 US 476 (1983).

⁵¹ *Thornburgh v. American College of Obstetrician and Gynecologist*, 476 US 474 (1986).

⁵² Sulla giurisprudenza in tema di aborto successiva a *Roe* si rimanda, nella dottrina italiana sia a V. BARSOTTI, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema*, cit., 557 ss., sia a G. PONZANELLI, *Il nuovo intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto*, in *Il Foro italiano*, IV, 65, 1989.

⁵³ Cfr. Pub. L. No. 94-439, § 209, 90 Stat. 1418, 1434 (1976).

all'aborto, le normative che sopravvivono alla scure della giurisprudenza della suprema Corte federale sono proprio quelle che escludono l'interruzione volontaria della gravidanza fra le prestazioni per cui possono essere attribuiti dei finanziamenti pubblici delineando, dunque, l'aborto come una "libertà dall'interferenza statale" (ma non un diritto che richiede un impegno statale positivo). Tale giurisprudenza si spinge, già negli anni Settanta, a non eccipire alcuna illegittimità delle normative statali le quali prevedevano il finanziamento statale o federale per la maternità e lo escludevano per l'aborto⁵⁴. È in queste decisioni, in realtà, che viene introdotto tecnicamente il concetto di "*undue burden*" ("interferenza indebita" o "eccessiva") che verrà sviluppato diversi anni dopo (nella decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵⁵), da una mutata Corte suprema, per ridefinire i limiti dell'*holding* di *Roe* in senso restrittivo come limite alla oramai riconosciuta possibilità per il legislatore statale di intervenire nella regolamentazione dell'aborto nel perseguimento degli interessi che ritiene rilevanti.

Emendamenti paragonabili all'*Hyde Amendment* vengono adottati negli stessi anni anche in altre normative che disciplinano l'attribuzione e le regole di gestione di altri fondi federali fra cui spiccano il *Family Planning Services and Population Research Act*⁵⁶ ed il *Legal Services Corporation Act*⁵⁷.

Il fermento evidente che si manifesta nell'adozione delle dette normative federali e statali le quali non si adeguano supinamente alla giurisprudenza federale (e cui, peraltro, corrisponde, sin da subito, una giurisprudenza della Corte suprema che interpreta in senso spiccatamente liberale il diritto che ha enucleato nella giurisprudenza *Roe*), sortisce infine i suoi effetti quando, alla fine degli anni Ottanta (complice un parziale rinnovo nella composizione personale della Corte suprema⁵⁸), con la decisio-

⁵⁴ Cfr. *Maher v. Roe*, 432 US 464 (1977); *Beal v. Doe*, 432 US 438 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 US 519 (1977); *Harris v. McRae*, 448 US 297 (1980); *Williams v. Zabraz*, 448 US 358 (1980).

⁵⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992) su cui infra.

⁵⁶ 42 U.S.C. § 300a-6. Sulla legittimità di tale disposizione cfr. *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

⁵⁷ 42 U.S.C. § 2996f(b)(8). La giurisprudenza federale su disposizioni "*Hyde Amendment style*" rimarrà solida nel corso dei decenni mentre in ambito statale si registreranno occasionali ma estremamente significative battute d'arresto: il caso più noto è la sentenza *Womens' Health Center of West Virginia, Inc. v. Panepito* (n. 21924-1993) in occasione della quale la Suprema Corte di Appello della West Virginia, nel 1993, ha sanzionato l'illegittimità costituzionale (per lesione della Costituzione statale) di una normativa che vietava l'utilizzo dei fondi del programma federale sanitario *Medicaid* per sostenere i costi degli aborti. La Corte, aderendo alla prospettazione dei ricorrenti, affermò di non essere vincolata al precedente *Harris* in base alla motivazione per la quale, poiché la Costituzione del West Virginia fornisce ai propri cittadini protezioni più ampie rispetto a quelle offerte dalla Costituzione federale, le protezioni costituzionali statali, in tali casi, prevalgono e sanciscono pertanto l'illegittimità della normativa. Per superare tale giurisprudenza statale, in West Virginia, si è infine approdati all'adozione di una modifica della Costituzione. Nel 1918 con la *Joint Resolution 12* del Senato statale (rubricata "*No Constitutional Right to Abortion Amendment*") è stato difatti approvato l'innesto della Sezione 57 all'art. VI con cui si chiarisce come nulla nella Costituzione statale del 1872 assicuri o protegga il diritto all'aborto né imponga allo Stato il finanziamento delle pratiche volte all'interruzione di gravidanza. La vicenda sui cui riferisce L. PELUCCHINI, "*Rights fell on Alabama*": il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia, in *Diritti Comparati*, 22 novembre 2018, pone in evidenza, ancora una volta, quanto il dibattito sul tema dell'interruzione volontaria della gravidanza sia l'espressione, nell'esperienza statunitense, di uno stato di radicalizzazione e polarizzazione politica del Paese che la magistratura (federale e statale) ha difficoltà a pacificare.

⁵⁸ Ai giudici Stewart, Douglas, Burger, e Powell susseguono rispettivamente i giudici O'Connor, Stevens, Scalia e Kennedy, nominati tutti da amministrazioni repubblicane. Tranne il Giudice Stevens, che viene nominato dal Presidente Ford, gli altri *Justice* sono infatti nominati da Reagan. Certamente la Presidenza di nomina non è

ne *Webster v. Reproductive Health Services*⁵⁹, si registra una parziale inversione di tendenza della giurisprudenza sostanziale della suprema Corte.

Il caso *Webster* concerneva una legge del Missouri la quale poneva delle restrizioni alla pratica dell'aborto nelle strutture pubbliche e stabiliva che i medici valutassero la vitalità del feto a partire dalla ventesima settimana. La Corte adotta una decisione che si presenta molto complessa sotto il profilo strutturale e che denota le tensioni che stanno maturando in seno ad essa⁶⁰. Nel merito della decisione, la Corte, pur non producendo alcun *overruling* del precedente *Roe*⁶¹, pone in discussione molti elementi introdotti in quel caso a partire dalla suddivisione in trimestri della gravidanza quale elemento cui ancorare la sussistenza della vitalità del feto⁶² sottolineando, peraltro, l'importanza dell'interesse statale a tale garanzia a prescindere da un concetto di "viability" determinato, nella decisione *Roe*, in modo giudicato eccessivamente rigido⁶³. L'affermazione giurisprudenziale più significativa che si registra nella decisione *Webster* è in piena sintonia con la giurisprudenza attinente alle clausole normative "Hyde Amendment style" ove si chiarisce che la proclamazione della sussistenza di un diritto all'aborto, garantito nella penombra del XIV emendamento (attraverso il diritto alla *privacy*), non implica di per sé un necessario impegno statale alla garanzia di accesso delle donne a tale pratica medica⁶⁴.

La Corte è consapevole della portata innovativa che la decisione implica, conducendo, peraltro, a disconoscere molte fra le decisioni adottate nel decennio precedente⁶⁵, e nondimeno sottolinea apertamente il fatto che la questione cruciale alla base di tale particolare inversione giurisprudenziale è che l'aborto è tema che (pur nell'ambito di una cornice costituzionale che spetta alle Corti, ed in par-

l'unico elemento da considerare per valutare la giurisprudenza di un giudice della Corte suprema e tuttavia, considerata la connotazione politicamente polarizzata che il dibattito sul tema dell'aborto aveva assunto non può, in questo caso, neanche essere trascurata. Sul rapporto fra composizione della Corte suprema e giurisprudenza della stessa si rinvia a L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Corti costituzionali. Composizione Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 63 ss.

⁵⁹ *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989).

⁶⁰ Difatti, la Corte raggiunge l'unanimità della decisione, redatta dal giudice Rehnquist, esclusivamente nella parte II-C della sentenza; i giudici White, O'Connor, Scalia e Kennedy si associano alla decisione anche per le parti I, II-A e II-B. Rehnquist inoltre, scrive anche un'opinione concorrente, sottoscritta da White e Kennedy, mentre la O'Connor e Kennedy scrivono ognuno una propria *concurring opinion*. Blackmun è invece autore di una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente sottoscritta da Brennan e Marshall ed infine il giudice Stevens scrive da solo una propria *opinion concurring in part e dissenting in part*.

⁶¹ La Corte afferma esplicitamente di non aver *overruled* il precedente *Roe* evidenziando peraltro come il caso sottoposto alla sua attenzione, per come è posto, non conduce di per sé a tale disconoscimento. Cfr. *Webster*, part III.

⁶² «*Roe's rigid trimester analysis has proved to be unsound in principle and unworkable in practice*», *Webster*, 492 US at 494.

⁶³ «We do not see why the State's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability» *Webster*, 492 US at 519.

⁶⁴ «Nothing in the Constitution requires States to enter or remain in the business of performing abortions. Nor, as appellees suggest, do private physicians and their patients have some kind of constitutional right of access to public facilities for the performance of abortions», *Webster*, 492 US at 510.

⁶⁵ In particolare la Corte cita i casi *Colautti v. Franklin*, 439 U. S. 379 (1979), and *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

ticolare alla Corte suprema, bilanciare) dovrebbe essere definito nell'arena del dibattito e dei processi democratici⁶⁶.

Tre anni dopo, quando affronta il caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁶⁷, la Corte è ulteriormente mutata nella sua composizione perché ai giudici Brennan e Marshall sono subentrati, nominati dal Presidente Bush, i giudici Souter e Thomas.

La decisione *Casey* origina da un *writ of certiorary*⁶⁸ concesso dalla Corte per valutare la legittimità costituzionale di una legge della Pennsylvania la quale disciplinava dettagliatamente le procedure abortive nello Stato⁶⁹. Dell'*opinion of the Court*, sottoscritta dai giudici O'Connor, Kennedy e Souter, solo alcune parti⁷⁰, nelle quali concorrono pienamente anche Blackmun e Stevens, acquistano efficacia di precedenti; le restanti, invece, costituiscono una semplice *plurality opinion*⁷¹.

⁶⁶ *Webster* 492 US at 521. Sulla decisione cfr. a A.I.L. CAMPBELL, *The Constitution and Abortion*, in *Modern Law Review*, 1990, 238 ss.; A. GRUBB, *The New Law of Abortion: Clarification or Ambiguity?*, in *Criminal Law Review*, 1991, 659 ss.; G. BINION, *Webster v. Reproductive Health Services*, in *Women & Politics*, 11, 2, 1991, 41 ss.; M.E. CHOPKO, *Webster v. Reproductive Health Services: A Path to Constitutional Equilibrium*, in *Campbell Law Review*, 12, 1990, 181 ss.

⁶⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992). Tradotta e commentata da V. BARSOTTI, in *Il Foro italiano*, IV, 526, 1992.

⁶⁸ Dottrina italiana ha acutamente posto in evidenza che, nonostante la concessione del *writ of certiorary* non richieda alcuna motivazione, nel caso della decisione *Casey* la Corte sin da subito spiega in modo piuttosto dettagliato le ragioni che hanno portato ad una pronuncia su di un nuovo caso in tema di aborto evidenziando, quindi, sin da subito, gli aspetti spiccatamente politici del caso stesso. Sul punto si rimanda a V. BARSOTTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la questione dell'aborto: verso una nuova maggioranza?*, cit., in *Il Foro italiano*, IV, 527 ss., 1992.

⁶⁹ In particolare, della normativa veniva contestato il concetto di assenso consapevole all'aborto dell'interessata (condizionato all'informazione da parte del medico dei pericoli inerenti la procedura abortiva, la probabile età del figlio non ancora nato, la distribuzione di opuscoli che descrivono il feto e offrono informazioni sull'assistenza medica nell'ipotesi di gravidanza portata a termine, sull'assistenza finanziaria da parte del padre sull'esistenza di enti che provvedono alle procedure per l'adozione e sulle alternative all'aborto); la necessità che fra l'assenso della donna e l'esecuzione dell'intervento trascorrono almeno 24 ore; la definizione di emergenza medica, unica eccezione a tali disposizioni (considerata dai ricorrenti eccessivamente restrittiva); la necessità che per un minore vi sia l'assenso all'aborto dei genitori o del tutore; il consenso del marito per la donna sposata (unica disposizione giudicata nel caso in questione illegittima perché effettivamente considerata eccessivamente onerosa per la donna); l'obbligo per le strutture sanitarie di documentare dettagliatamente tutti gli interventi abortivi.

⁷⁰ La I, II, III, V-A, V-C e VI.

⁷¹ A parte l'*Opinion of the Court* di O'Connor, Kennedy e Souter, vi sono altre opinioni: Steven e Blackmun redigono ciascuno un'opinione separata e concorrente, Rehnquist redige un'opinione in parte concorrente nel deciso ed in parte dissenziente (sottoscritta anche da White, Scalia e Thomas); Scalia redige anch'egli un'opinione concorrente in parte, nel *judgment*, ma dissenziente nella parte motiva anch'essa sottoscritta da White Rehnquist e Thomas.

Nonostante le diverse decisioni, lo schieramento che si contrappone nel caso in questione è facilmente descrivibile: da una parte i giudici O'Connor, Kennedy e Souter, insieme a ciò che rimane della precedente Corte *liberal*, Blackmun e Stevens, confermano quello che nella sentenza è definito "il contenuto essenziale dell'holding di *Roe*"; dall'altra parte, Rehnquist e White (contraddicendo così la posizione da loro stessi sostenuta tre anni prima nel caso *Webster*), Scalia (confermando le sue precedenti posizioni) e Thomas (alla sua prima decisione in tema di aborto) affermano di volerne *l'overruling*.

Nelle parti che costituiscono precedente la Corte assume una posizione, del tutto particolare, tesa a confermare la giurisprudenza precedente pur circoscrivendo la portata del caso *Roe* al suo *holding* essenziale.

La lettura della decisione conferma quanto oramai il tema dell'aborto, nell'esperienza statunitense, sia "divisivo" e di difficile bilanciamento rispetto agli altri valori ed interessi in gioco suscitando alcune perplessità ove la Corte sostiene di rinunciare a mutare giurisprudenza in tema di aborto, rispetto al precedente *Roe*, per motivi che sembrano attenere soprattutto all'opportunità (legati all'affidamento nell'esistenza del diritto all'aborto maturato dal popolo statunitense a partire dal 1973⁷²) e nel rischio di una forte delegittimazione della Corte in caso di *overruling*⁷³.

Nel merito, la decisione *Casey* conferma il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza fondando sulla clausola del *Due Process* (inteso in senso sostanziale⁷⁴) del XIV emendamento⁷⁵; tuttavia, con essa, viene abbandonato del tutto il criterio della suddivisione della gestazione in trimestri, delineato nel precedente *Roe*, ed il diritto/divieto di aborto viene ancorato esclusivamente (come già ventilato nel caso *Webster*) al concetto di *viability*⁷⁶. Nella decisione si afferma inoltre che nel periodo precedente la vitalità del nascituro allo Stato è consentito disciplinare la pratica abortiva senza che ciò costituisca motivo di illegittimità della stessa normativa a meno che la disciplina non costituisca un *undue burden* al diritto di aborto ovvero, un onere eccessivo⁷⁷.

⁷² In particolare la Corte afferma che «ciò» (ribaltare la decisione *Roe*) «significherebbe semplicemente rifiutare di riconoscere che per due decenni le persone hanno organizzato le loro relazioni più intime e compiuto scelte importanti dal punto di vista personale e sociale in considerazione della possibilità di ottenere un aborto nel caso che i sistemi contraccettivi si fossero dimostrati inefficaci» (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III, 2. La decisione è tradotta da V. BARSOTTI, in *Il foro italiano*, IV, 526 ss., 1992).

⁷³ Nelle parole della Corte «Tuttavia il nostro studio non risulta completo senza spiegare perché l'*overruling* della parte essenziale di *Roe* non solo condurrebbe a risultati inaccettabili in base al principio dello *stare decisis*, ma altresì indebolirebbe seriamente la capacità della Corte di svolgere la funzione di organo giudiziario al vertice di un paese governato dalla *Rule of Law*. Per comprendere queste conseguenze bisogna tenere presenti la fonte dell'autorità della Corte, le condizioni necessarie per il mantenimento dell'autorità nonché il rapporto tra questa e la percezione che il paese ha di se stesso come una Repubblica costituzionale»; a ciò la Corte aggiunge «Nelle attuali circostanze, l'*overruling* del contenuto essenziale di *Roe* comporterebbe un esame di un errore — ammesso che errore vi sia — al prezzo di un danno grave e non necessario alla legittimazione della Corte e al principio della *Rule of Law* al quale l'ordinamento si ispira. È quindi necessario aderire al contenuto essenziale di *Roe*, e questo noi facciamo» (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III C).

⁷⁴ Sul *substantial due process* cfr. W.R. MUSGROVE, *Substantive Due Process, A History of Liberty in the Due Process Clause*, in *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 2, 2008, 125 ss.

⁷⁵ *Casey*, 505 U.S., at 846.

⁷⁶ Sul punto si veda V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, cit., 73-93 e D.J. SOLOVE, *Conceptualizing Privacy*, in *California Law Review*, 90, 2002, 1087 ss.

⁷⁷ Il giudice O'Connor impone così il c.d. *Undue Burden test*. Nelle parole della decisione «In numerose ipotesi — sia in materia di interruzione della gravidanza sia in qualunque altro tipo di cura medica — la disciplina statale può avere l'effetto secondario di aumentare i costi o limitare il pratico accesso all'assistenza sanitaria. Che una legge la quale persegue un fine legittimo, renda incidentalmente più difficile l'aborto, non è un fatto sufficiente a renderla invalida. Soltanto quando una legge impone un limite eccessivo (*undue burden*) alla capacità di scelta della donna allora lo Stato viola il nucleo della libertà protetta dalla *Due process clause*», *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, III.

4. Il Casey standard e le normative statali: TRAP, Trigger e Zombie Laws

A partire dalla sua adozione, l'*Undue burden standard*, lungi dal riuscire a pacificare lo scontro tra sostenitori delle politiche "pro-life" e difensori delle scelte "pro-choice", ha rappresentato invero, in molte esperienze statali, il nuovo parametro sulla base del quale elaborare possibili scelte normative che, di fatto, potessero limitare l'accesso concreto di moltissime donne alla pratica abortiva. Il *Casey standard*, in effetti, ponendosi come una rimodulazione del precedente *Roe* in senso restrittivo, ha alimentato le aspirazioni delle correnti politiche *pro-life* attive nel contesto statunitense ed ha contribuito, in parte, alla radicalizzazione del conflitto ideologico.

Sulla base dell'*Undue burden standard* sono state elaborate, in diversi Stati, le c.d. "TRAPs" laws ("*Targeted Regulation of Abortion Providers*") ovvero previsioni normative che impongono particolari *standard* per le cliniche abortive e per i medici che praticano aborti; ciò in modo da provocare spesso la rinuncia da parte degli stessi alla prestazione sanitaria⁷⁸.

Le vicende normative più note, in quanto giunte al vaglio della suprema Corte federale⁷⁹, sono la legge dello Stato del Texas *HB2 (House Bill 2)* entrata in vigore nel 2013 (e dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema nel 2016)⁸⁰ ed una legge adottata in Louisiana, l'*Act 620 (Unsafe Abortion Protection Act)*, adottata nel 2014 e dichiarata anch'essa incostituzionale nel 2020⁸¹.

Nelle decisioni *Whole Women's Health et al. v. Hellerstedt*⁸² e *June Medical Services LLC v. Russo*⁸³ la Corte ha sanzionato come costituzionalmente illegittime tali normative, pressoché identiche, le quali esigevano entrambe come requisito necessario, per i medici, al fine di poter eseguire prestazioni di interruzione di gravidanza, la titolarità dei c.d. "*admitting privileges*"⁸⁴ presso strutture localizzate entro 30 miglia dalla struttura dove si praticava l'aborto; inoltre, le stesse normative prevedevano, per gli ambulatori ove si eseguiva l'interruzione della gravidanza, degli *standards* di qualità pari a quelli richiesti per i centri chirurgici ambulatoriali. I parametri imposti, risultando particolarmente

⁷⁸ Cfr. sul tema, in generale, R. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *Casey and the Clinic Closings: When "Protecting Health" Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1150 ss.

⁷⁹ Diversi sono i casi di leggi statali giunte all'attenzione di Corti distrettuali o di appello. Il requisito degli *admitting privileges* è stato introdotto, ad esempio, in Alabama, Louisiana, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, Texas e Wisconsin. Cfr. sul punto L. BUSATTA, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 9 ss. specialmente 14 ss.

⁸⁰ Sulla decisione cfr. A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2017 e L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.

⁸¹ Cfr. M.C. ERRIGO, *Corte Suprema e diritto all'aborto. Il caso della Louisiana e l'importanza della libertà di poter scegliere*, in *federalismi.it*, 1, 2021 e L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *dpceonline.it*, 3, 2020, 4453 ss.

⁸² *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016).

⁸³ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. _ (2020), Docket n. 18-1323.

⁸⁴ Ovvero la possibilità accordata ad un medico, in una struttura ospedaliera, di ricoverare una paziente senza dover passare necessariamente dalla fase del pronto soccorso oltre alla possibilità di poter continuare a seguire la paziente stessa una volta effettuato il ricovero.

esigenti, avevano (o avrebbero)⁸⁵ comportato la chiusura di un numero considerevole di strutture in entrambi gli Stati con l'inevitabile conseguenza di una maggiore difficoltà per molte donne (soprattutto quelle caratterizzate da condizioni finanziarie o familiari difficili) di accedere a qualunque servizio abortivo.

In entrambe le decisioni la Corte è approdata alla conclusione per la quale le normative impugnate non perseguivano ragionevolmente l'obiettivo che il legislatore statale dichiarava di voler assicurare, ovvero una maggiore garanzia della salute della gestante, quanto si ponevano come un ostacolo sostanziale "sulla strada di una donna che intende interrompere la propria gravidanza"⁸⁶.

Se la prima delle due decisioni era ragionevolmente prevedibile in considerazione di una composizione della Corte suprema, in quegli anni, ancora caratterizzata dalla prevalente presenza di giudici noti per le loro convinzioni *pro-choice*⁸⁷, la decisione del 2020 (sulla legge della Louisiana) è stata invece attesa con maggiori aspettative, da parte dei sostenitori di una politica *pro-life*, in relazione alla mutata composizione della Corte suprema. Ciò in quanto nei quattro anni trascorsi fra la prima e la seconda decisione, il giudice Anthony Kennedy, che aveva aderito alla decisione di maggioranza nel precedente caso *Whole Woman's Health*, si era ritirato dalla propria carica (nel luglio del 2018) ed erano al contempo giunti allo scranno della suprema Corte i giudici Brett Kavanaugh (a sostituzione dello stesso Kennedy⁸⁸) e Neil Gorsuch (successore di Antonin Scalia) nominati dal Presidente Trump il quale non aveva fatto mistero di avere fra i propri obiettivi, nelle strategie di nomina alla Corte suprema, l'inversione di tendenza giurisprudenziale sul tema dell'aborto⁸⁹.

Nonostante tali premesse, la decisione della Corte sul caso *June Medical Services LLC v. Russo* è approdata alle medesime conclusioni del caso *Whole Woman's Health* grazie soprattutto allo *swing vote* del Presidente Roberts⁹⁰ il quale, pur dissenziente nella precedente decisione del 2016, ha aderito al dispositivo della maggioranza sottolineando, in una sua personale opinione concorrente, di essere giunto a tale determinazione nel rispetto del principio dello *stare decisis*. Nella redazione della propria *opinion* il giudice Roberts, ha sottolineato espressamente di non condividere la "soluzione" adottata in *Whole Women's Health* e, tuttavia, evidenziando il dato tecnico per il quale «*The question*

⁸⁵ In realtà nel caso della Louisiana, essendo la legge impugnata in un *facial challenge*, essa non era ancora entrata in vigore e dunque non aveva ancora prodotto degli effetti concreti i quali, tuttavia, vengono esaminati dalla suprema Corte attraverso valutazioni prognostiche.

⁸⁶ «a provision of law is invalid if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability», *Casey*, 505 US at 878.

⁸⁷ Il parere della Corte, redatto dal giudice Brayer, è stato controfirmato da i giudici Kennedy, Ginsburg, Sotomayor, and Kagan; il giudice Ginsburg ha redatto una sua opinione concorrente mentre il giudice Thomas ha redatto una *dissenting opinion* così come un'opinione dissenziente è stata scritta dal giudice Alito e controfirmata dai giudici Roberts e Thomas.

⁸⁸ Sul punto cfr. D. ZECCA, *Le dimissioni di Justice Kennedy ed il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte suprema*, in *dpceonline.it*, 2018.

⁸⁹ Sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *President Trump's Appointments: A Policy of Activism*, in *Dpce Online*, 1, 2021. Si rinvia inoltre a E. CROCKETT, *Donald Trump Is Going All In on Banning Abortion*, in *VOX* (Sept. 20, 2016, 8:30 AM), <https://www.vox.com/2016/9/20/12970076/donald-trump-ban-abortion-policy> [<https://perma.cc/3V2T-GFJK>]; D. MANGAN, *Trump: I'll Appoint Supreme Court Justices to Overturn Roe v. Wade Abortion Case*, *CNBC* (Oct. 19, 2016, 10:00 PM), <https://perma.cc/F9E3-3S5F>.

⁹⁰ J.H. DAVIS, *With Kennedy gone, Roberts will be the Supreme Court's swing vote*, in *Supreme Court Preview*, 2018, 87-90.

today however is not whether *Whole Woman's Health* was right or wrong, but whether to adhere to it in deciding the present case. [...]» ha concorso al disposto della maggioranza conducendo alla dichiarazione di illegittimità della legge della Louisiana.

Il particolare percorso argomentativo di Roberts, pur consentendo, nel caso concreto, di confermare la giurisprudenza precedente e di non mettere in discussione, in quel momento, la portata dei casi *Roe* e *Casey* ha posto in evidenza la fragilità della tenuta, in termini contenutistici, dei precedenti giurisprudenziali in tema di aborto i quali in effetti, nel 2020, non vengono ancora messi in discussione; tuttavia, ciò accade non in quanto la maggioranza della Corte li ritiene solidi e correttamente ancorati ad una condivisa interpretazione della Costituzione federale quanto perché almeno uno fra i giudici (in qualche modo) sostenitori della scarsa persuasività di tali precedenti (nella specie il giudice Roberts) sceglie di rimanere aderente ad essi in virtù del rispetto del principio del precedente vincolante⁹¹.

La lettura del caso *Russo* è stata salutata dai sostenitori del diritto all'aborto come una vittoria nell'estenuante guerra giurisprudenziale che caratterizza tale ambito nell'esperienza americana e, al momento della sua adozione, ha alimentato l'idea che nonostante il nuovo tendenziale orientamento politico della Corte, delineatosi grazie alle nomine del Presidente Trump, il supremo giudice federale non fosse effettivamente disposto a farsi carico del peso, in termini di conflitto politico e di tenuta della legittimità dell'organo di suprema giurisdizione, che il rivalutare la sussistenza ed i limiti del diritto all'aborto negli Stati Uniti rappresenterebbe.

Tale opinione riceveva peraltro conforto dalla constatazione per la quale, solamente pochi giorni prima, la medesima Corte aveva adottato un'altra storica sentenza, nel caso *Bostock v. Clayton County*⁹², dichiarando che, in base alla legge federale, è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o *transgender*. Questa decisione, presa da una maggioranza di sei giudici con tre sole opinioni dissenzienti, ha rasserenato coloro i quali temevano la nuova composizione personale della Corte suprema circa la capacità di tale collegio, pur ad orientamento prevalentemente conservatore, di dimostrare una relativa indipendenza dei singoli giudici dalle aspettative politiche o derivanti dai loro orientamenti assiologici prevalenti⁹³.

Se la lettura congiunta delle due decisioni (*Russo* e *Bostock*) può condurre, in prima battuta, a tali valutazioni, tuttavia è possibile approdare a conclusioni maggiormente sfumate e complesse considerando che le scelte decisorie della Corte, più che al tema della garanzia dei diritti inviolabili (che certamente connota alcuni giudici — in questo momento la minoranza — della suprema Corte), possono essere ancorate al fatto che nel medesimo collegio vi sono dei giudici che possiedono uno stile interpretativo della Costituzione federale rigoroso e formalistico di cui è un emblematico esempio la *dis-*

⁹¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni di T.J. MOLONY, *Taking Another Look at the Call on the Field: Roe, Chief Justice Roberts, and Stare Decisis*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 43, 3, 2020, 733 ss.

⁹² *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020).

⁹³ Va in particolare segnalato che il giudice Gorsuch, di nomina trumpiana, è l'estensore dell'opinione di maggioranza, cui ha aderito anche il Chief Justice Roberts (Sul punto v. A. SPERTI, *Un'altra storica decisione della Corte Suprema: è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender*, in *Articolo29*, 29.06.2020).

senting opinion di Roberts nel caso *Russo*⁹⁴ ma anche l'interpretazione testualista del caso *Bostock* (vergata, non a caso, da un giudice considerato decisamente conservatore, Gorsuch), che conduce ad un esito inaspettatamente progressista⁹⁵.

Altro elemento da considerare come di grande rilievo al fine di valutare la tenuta dei precedenti *Roe* e *Casey* è rappresentato dal fatto che la Suprema Corte sembra caratterizzata da un approccio giurisprudenziale per il quale la tutela dei diritti costituzionali "impliciti" in ambito federale vada ancorata al consenso che su quegli stessi diritti si registra nella dimensione statale, soprattutto quando incidono su materie che esulano dalla competenza federale.

Tale *trend* interpretativo, di matrice repubblicana, collegandosi politicamente alle dottrine del *new federalism*⁹⁶, è tuttavia rintracciabile anche nelle argomentazioni prodotte dai giudici di opposto orientamento⁹⁷.

⁹⁴ Sul tema con riguardo al giudice Roberts si rinvia al già citato T.J. MOLONY, op. cit.; più in generale, sul legame fra la tenuta del diritto all'interruzione della gravidanza e la regola dello *stare decisis* nella *common law* M. MURRAY, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, in *Harvard Law Review*, 134, 2020, 308 ss.

⁹⁵ Nella decisione *Bostock v. Clayton County*, si afferma che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale non può essere separata dalla discriminazione "a causa del sesso (biologico)". Si approda, dunque, ad una soluzione decisamente progressista («an employer who fires an individual merely for being gay or transgender violates Title VII») attraverso un percorso esegetico fondato su un ragionamento interpretativo fortemente testualista. Sul punto D. CAMONI, *Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza Bostock v. Clayton County della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *dpceonline.it*, 4, 2020, 4515 ss.

⁹⁶ N.M. RICUCCI, *The U.S. Supreme Court's New Federalism and Its Impact on Antidiscrimination Legislation*, in *Review of Public Personnel Administration*, 23, 1, 2003, 3 ss. Cfr. inoltre C. BOLOGNA, *Stato federale e "National Interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010. Cfr. E. CHERMERINSKY, *The Federalism Revolution*, in *New Mexico Law Review*, 31, 7, 2001, 7 ss.; Per una valutazione critica sulla detta tendenza cfr. D. MCGIMSEY, *The Commerce Clause and Federalism after Lopez and Morrison: The Case for Closing the Jurisdictional-Element Loophole*, in *California Law Review*, 90, 2002, 1675 ss.

⁹⁷ Ne è un esempio la motivazione della decisione *United States v. Windsor*, 570 U. S. 744 (2013) ha sancito la parziale incostituzionalità del *Defence of Marriage Act* del 1996 (DOMA Act). Il DOMA è quell'atto normativo con il quale il Congresso aveva posto una definizione, per il diritto federale, dell'istituto del matrimonio quale unione esclusivamente eterosessuale; ciò al fine di escludere le coppie eventualmente unite in un matrimonio omosessuale dai possibili vantaggi (fiscali, di assistenza sanitaria ecc.), discendenti dalla normativa federale. Nella decisione *Windsor* la Corte osservava come, con tale atto normativo (peraltro paradossalmente adottato sulla base di poteri conferiti al Congresso dalla *full faith and credit clause* ovvero la clausola costituzionale statunitense preposta al reciproco riconoscimento fra gli Stati dei rispettivi atti e documenti) il Congresso deliberatamente poneva in una condizione di svantaggio una categoria di persone individuata da numerose normative statali come meritevole di particolari garanzie e, a ragione di ciò, sanzionava come illegittima la normativa federale. Cfr. L. FABIANO, *Riflessioni sulla circolazione interna della giurisprudenza statunitense: La Full Faith and Credit Clause della Costituzione federale*, in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015.

Con la decisione *Windsor*, dunque, la Corte valorizzava moltissimo l'importanza del ruolo statale nel percorso di valutazione dei valori condivisi a livello nazionale affermando esplicitamente come «The dynamics of State government in the federal system are to allow the formation of consensus respecting the way the members of a discrete community treat each other in their daily contact and constant interaction with each other» (570 U. S. 744 (2013) 19) ed evidenziando, dunque, come il tema delle garanzie costituzionali si intreccia, nell'esperienza giurisprudenziale statunitense, con il tema concernente i principi e le dinamiche del federalismo. Sulla decisione *Windsor* si rinvia a L. FABIANO, *L'uso distorto della Full Faith and Credit Clause federale nell'adozione del Defense of Marriage Act del 1996: da clausola unificante a strumento di*

Ciò considerando si comprende perché, nella prospettiva di coloro che contestano i casi *Roe* e *Casey* e ne propugnano l'*overruling*, risulta certamente significativo il tasso stesso di contenzioso giurisdizionale sorto a ragione di approvazioni frequenti di normative statali che non ne rispettano gli *holdings* oltre che l'esistenza in diversi Stati di c.d. "*Trigger Laws*" (leggi formalmente approvate dagli Stati ed inapplicabili sino a che sia vigente il precedente *Roe* ovvero norme pronte ad innescarsi appena il contesto giuridico legislativo federale lo consenta) o di c.d. "*Zombie law*" (normative che, prima del 1973, vietavano l'aborto e che non sono vigenti in virtù della giurisprudenza della suprema Corte; tuttavia, non essendo mai state dichiarate incostituzionali giurisdizionalmente o formalmente "*repealed*" dal legislatore statale possono acquisire nuovamente vigore con il mutare della giurisprudenza vincolante)⁹⁸.

5. Gli *Unborn Child Rights*: la normativa e la giurisprudenza sulle modalità di esecuzione dell'aborto nel *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 ed l'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004

Il parziale ridimensionamento della portata del precedente *Roe* attraverso l'esclusiva conferma del suo *holding* essenziale ed il riconoscimento della possibilità per gli Stati di regolamentare l'aborto (nel perseguimento di intenti *pro-life*) nei limiti dell'*undue burden* non è stato dunque passaggio sufficiente a pacificare il contrasto ideologico sul tema. *Trap* e *trigger laws* costituiscono certamente una manifestazione concreta della mancata adesione di una folta parte dell'opinione pubblica alla giurisprudenza federale sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza. Tuttavia, tali normative sono state dichiarate perlopiù incostituzionali o, comunque, non sono entrate in vigore rappresentando perciò il possibile scenario normativo in caso di *overruling* dei precedenti giurisprudenziali federali.

Una tipologia di legislazione adottata inizialmente a livello statale (per poi essere recepita a livello federale) che è riuscita a sopravvivere alla scure del giudice costituzionale è stata quella riguardante una particolare modalità di procedura abortiva che prende il nome di *partial-birth abortion*⁹⁹.

La Corte suprema si pronuncia sul tema per la prima volta nel 2000, nel caso *Stenberg v. Carhart*¹⁰⁰ riguardante una normativa dello Stato del Nebraska che vietava ogni tipologia di *partial birth abortion* (a meno che essa non fosse necessaria per salvare la vita della gestante). In tale circostanza la Corte dichiarò illegittima la disciplina statale innanzi tutto in quanto in essa non era prevista una clausola che consentisse la pratica abortiva in relazione alla tutela della salute della donna (e non so-

ghettizzazione, in C. CASONATO, A. SCHUSTER (a cura di), *Rights On The Move — Rainbow Families in Europe*. Trento, 16-17 October 2014, e-book, url: <http://eprints.biblio.unitn.it/4448/>.

⁹⁸ C. DE SANTIS, "*The People v. Roe*": negli Stati Uniti l'ondata anti abortista non si arresta e punta dritto verso Washington D.C., in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019.

⁹⁹ La pratica dell'aborto con parto parziale è una procedura abortiva che può esplicarsi secondo due distinte modalità ovvero la procedura c.d. di dilatazione ed evacuazione (D&E) e la procedura di dilatazione ed estrazione (D&X). La distinzione principale tra le due procedure risiede nel fatto che nella la procedura D&E si verifica un parto con feto già morto e smembrato mentre nella procedura D&X viene estratto un feto (che decede in utero nel corso dell'operazione) in condizioni fisico strutturali relativamente intatte. La distinzione è descritta nel dettaglio della decisione *Stenberg v. Carhart*.

¹⁰⁰ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

lo a garanzia della vita della stessa) ed in secondo luogo perché il divieto generalizzato della detta pratica risultava troppo ampio ed in definitiva vago ed indeterminato¹⁰¹.

Negli anni successivi il legislatore federale discute più volte delle normative volte ad introdurre divieti simili (scontrandosi con il veto presidenziale di Bill Clinton) ed approda all'approvazione di una tale proibizione nel 2003 (durante il mandato del Presidente Bush). Il *Partial Abortion Ban Act* del 2003 sancisce il divieto di aborto con parto parziale nella sola modalità di "dilatazione ed estrazione" (D&E) mentre, con riguardo al tema delle eccezioni specifiche a tutela della salute della gestante si limita a prevedere un'eccezione al divieto nell'esclusivo caso in cui la tecnica sia indispensabile per salvare la vita della donna sulla base della considerazione per la quale esistono «prove documentali sufficienti» dalle quali emergerebbe che «un *partial birth abortion* non è mai necessario per preservare la salute donna»¹⁰². La normativa, impugnata dinanzi alla Corte suprema attraverso un "*facial challenge*"¹⁰³ viene giudicata legittima costituzionalmente nella decisione *Gonzales v. Carhart*¹⁰⁴.

La pronuncia *Gonzales*, che si pone come atto conclusivo di un dibattito, vivo negli Stati Uniti dalla fine degli anni novanta, sull'opportunità di vietare alcune tecniche abortive caratterizzate da una particolare efferatezza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*»¹⁰⁵. La questione era stata al centro della campagna presidenziale di George W. Bush ed aveva trovato ampio terreno anche nei dibattiti dei Parlamenti di numerosi Stati i quali, in quegli anni, avevano approvato leggi dal contenuto pressoché analogo a quello della legge federale impugnata. La normativa, adottata sulla base della *Commerce clause*¹⁰⁶, non viene dichiarata illegittima in quanto più specifica nei suoi intenti inibitori rispetto alla disciplina del Nebraska sanzionata nel precedente caso *Stengberg*. Nondimeno, ciò che colpisce nella decisione è che in questa occasione, forse per la prima volta in assoluto, la Corte abbandona il suo tradizionale stile "distaccato" nei confronti del feto sottolineando che esso, a prescindere dal mo-

¹⁰¹ La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications» Id. At 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁰² Pag. 13 *Opinion of the Court*.

¹⁰³ Sull'uso del *facial challenge* in tema di aborto cfr. R. PILON, *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review*, 2008-2009, Washington, VII-XVII.

¹⁰⁴ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI, *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?*, in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395, 396-403, 404.

¹⁰⁵ *Ivi*, 398.

¹⁰⁶ Sulla legittimità del titolo competenziale la Corte, tuttavia, non si pronuncia.



mento della vitalità, è “un organismo vivente nel grembo materno”¹⁰⁷ e che il divieto di alcune tecniche abortive particolarmente crudeli oltre che porsi a tutela della “dignità della vita umana”¹⁰⁸ sono una forma di garanzia nei confronti delle donne che decidono di abortire le quali, se si rendessero conto delle modalità attraverso le quali si giunge a tale obiettivo, probabilmente rinunciavano all'interruzione della gravidanza¹⁰⁹. Se si considera che redattore della decisione è il giudice Kennedy, il quale è stato fra i giudici di maggioranza per decisioni a salvaguardia del diritto all'interruzione della gravidanza¹¹⁰, tale stile argomentativo, contestato come paternalistico dai giudici dissenzienti (in particolare nell'infuocata opinione dissenziente del giudice Ginsburg) evidenzia come il tema dell'aborto, in quanto dotato di numerose sfumature, sia tale da produrre delle significative spaccature nelle valutazioni e nelle argomentazioni dei giudici a seconda della prospettiva dalla quale gli stessi lo valutano. La decisione *Gonzales* in questo senso è emblematica del fatto che, nell'ambito del più ampio tema dei *reproductive rights*, la questione “aborto” è considerata delicata (e fonte di non pochi dubbi) dagli stessi sostenitori del pensiero libertario¹¹¹ (di cui il giudice Kennedy è senz'altro un significativo esponente)¹¹².

L'anno successivo all'approvazione del *Partial Abortion Ban Act*, il Congresso adotta un ulteriore atto normativo, fortemente voluto dalla Presidenza Bush, che sottolinea una visione del feto nel grembo materno non quale vita “potenziale” (secondo l'impianto di *Roe*) quanto piuttosto come esistenza concreta. L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 introduce la sezione 1841 del 18 *US Code* (*Protection of Unborn Child*) e 919a del 10 *US Code* (*Death or injury of an unborn child*) ponendo una responsabilità penale in capo a chi, commettendo determinati reati (quelli previsti nel relativo codice), produce come effetto la morte o reca danno ad un feto ancora nel corpo materno. Entrambe le previsioni prevedono un'eccezione esplicita con riguardo alle pratiche abortive (effettuate su richiesta della madre nei limiti della legge) e tuttavia è evidente che l'approvazione di tali disposizioni, hanno contribuito ad alimentare fortemente la radicalizzazione del dibattito fra gli strenui difensori del diritto all'aborto e coloro i quali, sostenendo la necessità di tutelare i diritti dei nascituri, si opponevano con altrettanta forza a tale approccio federale “strabico”.

Il tema è stato affrontato soprattutto a livello statale in quanto in numerosi Stati della Federazione erano vigenti normative sanzionatorie per lesioni o morte di un feto collegate ad un altro reato o an-

¹⁰⁷ *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb».

¹⁰⁸ *Gonzales v. Carhart*, 26 e 27 dell'*Opinion of the Court*: «The Act proscribes a method of abortion in which a fetus is killed just inches before completion of the birth process [...] The Act expresses respect for the dignity of human life».

¹⁰⁹ La Corte, ad esempio, afferma che «It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast developing brain of her unborn child, a child assuming the human form», 29 dell'*Opinion of the Court*.

¹¹⁰ Il giudice Kennedy vota con la maggioranza in diverse occasioni fra i quali la stessa decisione *Casey* ed il caso già citato *Whole Woman's Health*.

¹¹¹ Cfr. C. NAILY, J. SCHWEIKERT, *The Hard Problem of Abortion Rights*, in *cato.org*, June 24, 2022.

¹¹² Sullo stile argomentativo del giudice Kennedy si rinvia a R.E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, Washington, 2003, 21 ss. Per la dottrina italiana cfr. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, 97 ss.

che autonomamente (al di fuori di una legale procedura d'aborto)¹¹³. Nella decisione *State v. Merrill*¹¹⁴, ad esempio, la Corte suprema del Minnesota si è pronunciata in tema di *equal protection* sull'*Unborn Child Homicide Statute* dello Stato sancendo la differenza intercorrente fra quanto sanzionato nella detta normativa e la pratica abortiva. Un uomo (Merrill) condannato sulla base dell'*Unborn Child Homicide Statute* (in quanto aveva provocato la morte di un nascituro sparando alla madre in fase di gestazione avanzata) contestava la differenza di previsione da applicarsi nei suoi confronti ed i diritti della stessa madre la quale, in caso di aborto, non sarebbe stata perseguita. La difesa del ricorrente era incentrata specificatamente su quanto stabilito nel 1973 nella decisione *Roe* ovvero che un feto (soprattutto nella fase precedente alla *viability*) non potesse considerarsi un essere umano. La Corte, tuttavia, non accoglie le contestazioni della difesa fondandosi espressamente sul precedente *Roe* ed evidenziando come tale giurisprudenza, finalizzata a garantire i diritti di autodeterminazione della donna, rendesse legittima (entro determinati limiti) la scelta abortiva di una madre ed illegittima la privazione della vita ad un *Unborn Child* da parte di chiunque altro¹¹⁵.

Il dibattito che si sviluppa nel periodo dell'approvazione del *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003 e dell'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 si collega a quelle riflessioni in tema di *fetal rights v. maternal rights*¹¹⁶ concernenti la legittimità (o meno) dell'imposizione di vincoli alla libertà della donna gestante nell'interesse della gravidanza e del nascituro. Prima e dopo la decisione *Roe*, infatti, sono state adottate diverse sentenze statali le quali hanno imposto determinate pratiche mediche a donne

¹¹³ Tre stati sanzionano penalmente la morte di un feto vitale (*Ind. Code* §§ 35-42-1-1(4), 35-42-1-6; *Mich. Comp. Laws* § 750.322 — in Michigan la decisione *Larkin v. Cahalan*, 208 N.W.2d 176 (Mich. 1973) ha limitato l'applicazione di tale norma esclusivamente ai feti considerati vitali secondo la definizione offerta nella decisione *Roe*; *Tenn. Code Ann.* § 39-13-214). Sei Stati sanzionano penalmente la morte di un feto che si muove nel ventre materno, il c.d. *quick fetus* (*Fla. Stat. Ann.* § 782.09; *Ga. Code Ann.* § 16-5-80; *Nev. Rev. Stat. Ann.* § 200.210; *Okla. Stat. Ann.* tit. 21, § 713; *R.I. Gen. Laws* § 11-23-5; *Wash. Rev. Code* § 9A.32.060); in 16 Stati è sanzionata penalmente la morte di un *Unborn child* (a prescindere dal periodo gestazionale) e l'interruzione di una gravidanza a meno di pratica abortiva consentita (*Ariz. Rev. Stat.* § 13-1103(A)(5); 720 Ill. Comp. Stat. 5/9-1.2; *Iowa Code* § 707.8; *Ky. Rev. Stat. Ann.* § 507A.010 et seq.; *La. Rev. Stat. Ann.* § 14:32.5; *Minn. Stat.* § 609.266 et seq.; *Miss. Code Ann.* § 97-3-37; *Mo. Ann. Stat.* §§ 1.205, 565.020, 565.024; *Neb. Rev. Stat.* § 28-391; *N.D. Cent. Code* § 12.1-17.1-01 et seq.; *Ohio Rev. Code Ann.* § 2903.02; 18 *Pa. Cons. Stat.* § 2603; *S.D. Codified Laws* § 22-16-1; *Tex. Penal Code Ann.* § 1.07(a)(26); *Utah Code Ann.* § 76-5-201; *Wis. Stat.* §§ 939.75, 940.04). In quattro Stati la sanzione penale connessa alla morte di un *unborn child* è collegata al periodo gestazionale ovvero 20 settimane in Arkansas (*Ark. Code Ann.* §§ 5-1-102(13)(B)(i)(a), 5-10-101 et seq.), la fase embrionica in California (*Cal. Penal Code* § 187(a)); 24 settimane nello Stato di New York (*N.Y. Penal Law* § 125.00.). I dati sono tratti dal *CRS Report* RS21550 del 24 gennaio 2007 dal titolo *The Unborn Victims of Violence Act*.

A tali normative si associano poi quelle dette "*born alive laws*" ovvero leggi che sanzionano come omicidio la morte di un neonato nato vivo ma deceduto a causa di un'azione avvenuta mentre il bambino era ancora in gestazione. A livello federale questa tipologia di disciplina è normata dal *Born-Alive Infants Protection Act* del 2002 reperibile all'url <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ207/pdf/PLAW-107publ207.pdf>.

¹¹⁴ 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990). La decisione è rinvenibile all'url <https://bit.ly/3rkyfU>.

¹¹⁵ «*Roe v. Wade* protects the woman's right of choice; it does not protect, much less confer on an assailant, a third-party unilateral right to destroy the fetus», *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990), 3. A conclusioni simili approda la Corte suprema dell'Illinois nella decisione *People v. Ford*, 1 581 N.E.2d 1189 (Ill. 1991).

¹¹⁶ Sul tema E. IORATTI FERRARI, *Tutela della vita prenatale nel contesto della gravidanza*, e K. SUMMERER, *Libertà della donna e tutela del nascituro. Il conflitto materno-fetale nella prospettiva del diritto penale*, entrambi in S. CANESTRARI., G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il governo del Corpo*, I, Milano, 2022, rispettivamente 1605 ss. e 1623 ss.

gestanti nell'esclusivo interesse del buon esito della gravidanza e della salute futura del nascituro: nella decisione *In re Jamaica Hospital*¹¹⁷, un ospedale ha ottenuto un'ingiunzione giudiziaria che obbligava ad una trasfusione sanguigna una donna in attesa alla diciottesima settimana. La paziente, testimone di Geova, rifiutava la trasfusione per motivi religiosi. La Corte suprema di New York autorizzò l'obbligo alla pratica medica anche se il feto non era ancora nella fase di *viability* sostenendo che anche se, in quella fase gestazionale, la donna poteva scegliere di abortire, nel caso in cui sceglieva di portare avanti la gravidanza doveva garantire «a legal right to begin life with a sound mind and body»¹¹⁸; In *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Auth.*¹¹⁹, la Corte suprema della Georgia ha imposto il taglio cesareo ad una donna gravida che soffriva di placenta previa. Altrettanto è avvenuto nel caso *In re Madyun Fetus*¹²⁰; In *In re A.C.*¹²¹ la Corte di appello per il distretto della Columbia ordinò un taglio cesareo cui la gestante (affetta da leucemia) non aveva consentito aggravando le condizioni di salute della donna che morì due giorni dopo l'intervento. La Corte, avallò la decisione osservando che le gravi condizioni di salute della madre non potevano che peggiorare, a prescindere dal taglio cesareo, mentre il feto, attraverso l'effettuazione della pratica chirurgica, aveva maggiori aspettative di sopravvivenza¹²². Tali vicende giurisdizionali sono state criticate¹²³ in connessione a quanto stabilito in *Roe* in quanto considerate in violazione del principio di autodeterminazione femminile sancito in tale decisione. È evidente come l'*overruling* di *Roe*, potrebbe riaprire la strada a tale dibattito riproponendo, dunque, temi quali la responsabilità civile e penale della gestante per danni arrecati al feto in fase prenatale o, come già accennato, la legittimità di imposizioni legali alle donne gravide nell'interesse del nascituro (ricoveri forzati, trasfusioni sanguigne, taglio cesareo su esclusiva decisione del medico ecc.). Con riguardo a questo secondo aspetto è tuttavia stato osservato che la

¹¹⁷ *In re Jamaica Hospital*, 128 Misc. 2d 1006, 491 N.Y.S.2d 898 (1985).

¹¹⁸ *Evans v. Olson*, 550 P.2d 924, 927 (Okla. 1976); *Womack v. Buchhorn*, 384 Mich. 718, 725, 187 N.W.2d 218, 222 (1971); *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503 (1960).

¹¹⁹ *Jefferson v. Griffin Spalding Co. Hosp. Auth.*, 247 Ga. 86, 274 S.E.2d 457 (1981). In tale circostanza il taglio cesareo era nell'interesse congiunto di madre e nascituro e tuttavia la Corte nella decisione sottolinea il peso che i diritti di quest'ultimo assumevano in ordine alla necessità di imporre la via chirurgica al parto.

¹²⁰ *In re Madyun Fetus*, No. 189-86 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986).

¹²¹ *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. A 1987).

¹²² «The Caesarean section would not significantly affect A.C.'s condition because she had, at best, two days left of sedated life; the complications arising from the surgery would not significantly alter that prognosis. The child, on the other hand, had a chance of surviving delivery, despite the possibility that it would be born handicapped. Accordingly, we concluded that the trial judge did not err in subordinating A.C.'s right against bodily intrusion to the interests of the unborn child and the state, and hence we denied the motion for stay». *In re A.C.*, 533 A.2d 611, 617 (D.C. 1987). Anche in questa decisione la Corte afferma la piena differenza fra il diritto materno all'aborto ed il dovere, qualora una donna decida di portare avanti una gravidanza, di adottare tutti i comportamenti necessari al benessere del nascituro «as a matter of law, the right of a woman to an abortion is different and distinct from her obligations to the fetus once she has decided not to timely terminate her pregnancy». *In re A.C.*, 533 A.2d 611, 614 (D.C. 1987). Sul punto cfr. D. MATHIEU, *Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention on Prenatal Choice*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8, 1985, 19 ss.

¹²³ Sul punto R.M. TRINDEL, *Fetal Interests vs. Maternal Rights: Is The State Going Too Far?*, in *Akron Law Review*, 24, 3, 1991, 743 ss.

giurisprudenza statunitense sarebbe solida nell'affermare il principio per il quale non è possibile imporre ad un individuo un trattamento medico nell'interesse di qualcun altro¹²⁴.

6. L'*Heartbeat Law* texana e le strategie applicative finalizzate ad aggirare la giurisdizione della Corte suprema

La litigiosità connessa al tema del diritto all'aborto si è manifestata infine, in anni recenti, con l'adozione in alcuni Stati, di normative che vietano l'aborto in epoche gestazionali decisamente precedenti alla ventiquattresima settimana (periodo in relazione al quale la giurisprudenza degli esordi aveva ancorato il concetto di *viability* del feto)¹²⁵.

Una vicenda giurisprudenziale più che nota, in quanto ha suscitato grande attenzione mediatica, è il caso *Whole Woman's Health v. Jackson*¹²⁶ riguardante una legge dello Stato del Texas (il *Senate Bill 8*) adottata nel 2021 e conosciuta come "*heartbeat law*" ("legge del battito cardiaco"). La norma pone la comparsa del battito cardiaco fetale come momento a partire dal quale si fa divieto di eseguire la pratica abortiva. Se si considera che, con le conoscenze mediche attuali, è possibile percepire il battito fetale intorno alla sesta/settima settimana di gravidanza, risulta evidente come la normativa texana abbia fissato un limite alla possibilità di eseguire aborti assolutamente precoce corrispondente ai primi momenti della gestazione o addirittura quando una donna potrebbe ancora non sapere di essere in attesa.

Ciò considerando è evidente quanto la detta disciplina (la quale, peraltro, non prevede alcuna eccezione per le gravidanze risultate da incesto o violenza sessuale) risulti enormemente restrittiva.

È da osservarsi che la normativa texana non sia un'assoluta novità: normative analoghe hanno iniziato a fare la loro comparsa a partire dal 2013 con l'adozione da parte del legislatore del North Dakota di quella che era, all'epoca, la disciplina più stringente in materia di interruzione volontaria di gravidanza sul territorio statunitense. A tale disciplina sono seguiti successivamente altri interventi legislativi in numerosi altri Stati a maggioranza repubblicana (Arkansas, Iowa, Georgia, Alabama, Oklahoma e Tennessee). Tuttavia, tali leggi non sono mai giunte all'attenzione della Corte suprema in quanto sono state ogni volta giudicate incostituzionali dai tribunali chiamati, di volta in volta, ad autorizzarne o negarne l'*enforcement*¹²⁷.

¹²⁴ Ad esempio nella decisione *McFall v. Schimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (1978) la Corte distrettuale della Pennsylvania stabilì che non fosse possibile obbligare un parente di un malato ad un trapianto di midollo a favore di un congiunto. Anche nella successiva decisione *Curran v. Bosze*, 141 Ill. 2d 473, 566 N.E.2d 1319 (1990) la Corte Suprema dell'Illinois ha certificato la legittimità di una decisione di una madre di negare un trapianto di midollo fra fratelli (entrambi suoi figli). Sul punto cfr. J.J. THOMPSON, *A Defence of Abortion*, in *Philosophy of Public Affairs*, 1, 1, 1971 (ristampato in R. MUNSON (ed.), *Intervention and Reflection, Basic Issue in Medical Ethics*, 5th ed., 1996, 69-80.

¹²⁵ Sul punto si rinvia per la dottrina italiana a R. BIZZARI, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *federalismi.it*, 12, 2022; G. TIEGHI, *Sfide (epocali?) generate dalla State Abortion Legislation 2021 statunitense: "Critical Oral Arguments" dinanzi alla Corte Suprema*, in *dpce online*, 1, 2022.

¹²⁶ 594 U.S. _ (2021), Docket, 21 — 463.

¹²⁷ In particolare, l'*House Bill* No. 1456 (la normativa adottata in North Dakota) è stato dichiarato incostituzionale in primo grado, decisione poi confermata dalla 8th *Circuit Court of Appeals* in *MKB*

La disciplina texana, impugnata con una procedura d'emergenza (al fine di impedirne l'entrata in vigore), costituisce, tuttavia, un *unicum* in quanto connotata da caratteristiche tecnico-applicative assolutamente atipiche e peculiari probabilmente pensate per aggirare il giudizio della Suprema Corte nel merito. Sulla base della legge texana infatti il rispetto del divieto posto nella stessa normativa non è affidato ad alcun funzionario statale bensì ai privati cittadini i quali possono agire in giudizio contro chiunque pratichi o favorisca un aborto (ricevendo un premio di 10.000 dollari per ogni ricorso accolto o, in caso contrario, il pagamento delle spese legali sostenute). Dunque, sulla base della detta normativa, un qualunque privato (anche non residente nello Stato del Texas) può intentare un'azione civile contro medici abortisti e personale sanitario ma anche avverso chiunque si sia reso disponibile a sostenere i costi della procedura abortiva o ad assistere in altro modo una gestante in procinto di interrompere volontariamente la propria gravidanza.

Tale peculiare strategia applicativa è chiaramente delineata al fine di aggirare quanto stabilito nel precedente giurisprudenziale della Corte suprema *Ex Parte Young*¹²⁸ in base al quale, invece, i ricorsi federali aventi ad oggetto la costituzionalità di una legge statale devono essere presentati contro i funzionari incaricati dell'*enforcement* dell'atto legislativo.

La particolare strategia applicativa della norma texana ha, in effetti, sortito i suoi risultati conducendo una (pur estremamente divisa¹²⁹) Corte suprema federale a respingere il ricorso con una maggioranza di 5 giudici contro 4. Difatti, pur riconoscendo che i dubbi di costituzionalità sollevati dalla *Whole Woman's Health* (la clinica che aveva intentato il ricorso¹³⁰) fossero assolutamente rilevanti

Management Corp. v. Wayne Stenehjem, 795 F.3d 768 (8th Circ. 2015); la stessa cosa è avvenuta per lo *Human Heartbeat Protection Act* dell'Arkansas, risalente al 2013, che vietava l'aborto dopo dodici settimane dall'inizio della gestazione qualora il medico avesse rilevato battito cardiaco nell'embrione (cfr. *Edwards v. Beck*, 786 F.3d 1113 (8th Circ. 2015)). Ancora, il *Senate File* No.359 dell'Iowa è stato ritenuto incostituzionale dalla Corte distrettuale in *Planned Parenthood of the Heartland v. Kim Reynolds*, 915N.W. 2d206 (Iowa2018). In alcuni casi, l'esecuzione delle leggi è stata temporaneamente bloccata: ad esempio, l'*House Bill* No. 314 dell'Alabama in *Robinson et al v. Marshall et al.*, 454 F. Su 3d 1188 (M. D. Ala. 2020); in Georgia il *Living Infants Fairness Equality Act* del 2019 è stato ritenuto incostituzionale dal giudice distrettuale in *Sister Song v. Kemp*, 472 F. Su 3d 1297 (Georgia, 2020), ma la Corte di Appello — cui è ricorso il convenuto — ha sospeso la decisione in attesa che la Corte Suprema si pronunciasse sulla costituzionalità della legge del Mississippi nel caso *Dobbs* (di cui infra).

¹²⁸ *Ex Parte Young*, 209 U.S. 123 (1908).

¹²⁹ Sulla spaccatura della Suprema Corte in tale vicenda processuale e sul ruolo del c.d. *shadow docket* nell'evoluzione della giurisprudenza statunitense si rinvia alle riflessioni di R. BIZZARI, *op. cit.*

¹³⁰ La possibilità da parte delle cliniche abortive di intentare ricorsi avverso le normative che pongono dei divieti al diritto all'aborto è stata oggetto di ampia valutazione nella giurisprudenza della Corte suprema la quale da ultimo, nella decisione Russo ha confermato la pregressa giurisprudenza per la quale, in relazione al diritto all'aborto i ricorrenti possono legittimamente impugnare una legge sostenendone l'incostituzionalità poiché viola non diritti propri, ma di terzi (i.e. le loro pazienti); il giudice Brayer, redattore della decisione Russo ha in particolare evidenziato come, nei propri precedenti — a partire da *Planned Parenthood v. Casey* del 1992 citando *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) e *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) — la Corte Suprema ha considerato ammissibili i ricorsi presentati dagli *abortion providers* per la tutela dei diritti delle donne ed ha ammesso l'impugnazione da parte di soggetti che, pur non subendo direttamente il pregiudizio lamentato (in questo caso, l'*undue burden* nell'accesso all'aborto), hanno comunque un interesse alla dichiarazione di incostituzionalità giacché l'applicazione della legge impugnata produrrebbe effetti direttamente sui ricorrenti, con una ripercussione secondaria sui diritti di terze parti. Sul punto cfr. H.P. MONAGHAN, *Third Party Standing*, in *Columbia Law Review*, 84, 1984, 277 ss.; R.H. FALLON, JR., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party*

(ed evidenziando la possibilità che la normativa possa essere sanzionata come costituzionalmente illegittima in procedimenti futuri)¹³¹, la suprema Corte ha stabilito di non pronunciarsi nel merito giacché ha ritenuto che non fosse possibile sapere con certezza se le parti convenute in giudizio (alcuni funzionari statali ed un attivista anti-abortista) avrebbero cercato di dare effettivamente esecuzione alle previsioni della normativa e dunque, in sostanza, la *Whole Woman's Health* e le altre cliniche ricorrenti, non erano state in grado di dimostrare di essere a rischio di un danno sufficientemente certo, tale da giustificare l'intervento della Corte suprema.

La decisione è corredata da diverse opinioni concorrenti e dissenzienti.

Particolarmente significativa risulta l'opinione dissenziente redatta dal *Chief Justice* Roberts, sottoscritta dai giudici Breyer e Kagan. Anche in questa occasione, schierandosi con un'area "politica" diversa da quella alla quale tradizionalmente viene iscritto, il *Chief Justice* ha definito il quadro normativo predisposto dal Texas "senza precedenti" criticando, in particolare, la scelta di assegnare il compito di far osservare il divieto posto dalla legge a cittadini privati (sollevando in tal modo le autorità statali da ogni responsabilità in merito all'attuazione della legge). Ciò considerando, data la particolarità del caso e l'elevata rilevanza della questione, Roberts ha sostenuto che sarebbe stato invece opportuno concedere l'ingiunzione e procedere ad una pronuncia nel merito¹³².

Altresì nel proprio *dissenting* (sottoscritto da Breyer e Kagan) la giudice Sotomayor, ha dichiarato che il *Senate Bill 8* è "palesamente incostituzionale" e che la decisione della maggioranza omette di tutelare non solo i diritti delle donne ma anche l'integrità della giurisprudenza della Corte¹³³.

La vicenda giudiziaria sulla normativa texana è proseguita nei mesi successivi a seguito dell'accoglimento da parte della Corte suprema di un *writ of certiorary* avanzato dalla clinica *Whole Woman's Health* il 22 ottobre 2021¹³⁴ oltre che con la decisione di disporre la trattazione immediata di una causa intentata (anch'essa con *writ of certiorary*) dall'amministrazione Biden nei confronti del Texas¹³⁵. Mentre l'impugnazione del governo federale è stata respinta con una breve decisione "*per curiam*" (in quanto considerato *improvidently granted*), nella (seconda) decisione *Whole Woman's*

Standing, in *Harvard Law Review*, 113, 2000, 1321 ss. Per la dottrina italiana Cfr. L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente*, cit.

¹³¹ Nella scarna motivazione che correda il rigetto della decisione si legge difatti: «in particular, this order is not based on any conclusion about the constitutionality of Texas's law, and in no way limits other procedurally proper challenges to the Texas law, including in Texas state courts», *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge et al.*, 594 U.S. (2021), 2.

¹³² Il Giudice Roberts afferma infatti che «the statutory scheme before the Court is not only unusual, but unprecedented [...] the desired consequence appears to be to insulate the State from responsibility for implementing and enforcing the regulatory regime [...] I would grant preliminary relief to preserve the status quo ante — before the law went into effect — so that the courts may consider whether a state can avoid responsibility for its laws in such manner», *Whole Woman's Health et al.*, 594 U.S. (2021), No. 21A24 (Roberts J., *dissenting*), 2.

¹³³ La Giudice Sotomayor definisce difatti l'ordine della Corte "*stunning*" e parla di «[...] a flagrantly unconstitutional law engineered to prohibit women from exercising their constitutional rights and evade judicial scrutiny» concludendo che «The Court should not be so content to ignore its constitutional obligations to protect not only the rights of women, but also the sanctity of its precedents and of the rule of law» 594 U.S. (2021), No. 21A24 (Sotomayor J., *dissenting*).

¹³⁴ *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. (2021), No. 21-463.

¹³⁵ *United States v. Texas*, 595 U.S. (2021), No. 21-588.

Health v. Jackson la Corte ha parzialmente limitato la portata elusiva della normativa texana ammettendo la possibilità, per le cliniche ove si effettuano aborti, di citare in giudizio dinnanzi alle Corti inferiori i funzionari statali responsabili dell'abilitazione alla professione medica. Ciò in quanto la Corte ha valutato che, giacché il *Texas Medical Board* può esercitare potere disciplinare nei confronti dei medici che decidono di praticare l'aborto in violazione del S.B. 8, può altresì, di fatto, dare esecuzione allo stesso atto normativo nonostante l'*enforcement* sia formalmente attribuito ai soli privati cittadini.

La vicenda giudiziaria connessa alla legge texana ha suscitato grande attenzione mediatica nel corso del suo dispiegarsi ponendosi come un possibile preludio ad un'inversione nella giurisprudenza della Corte suprema in tema di aborto ed evidenziando, come hanno sottolineato nelle proprie opinioni individuali i giudici Roberts e Sotomayor, la pericolosa sussistenza di tecniche di *drafting* normativo tali da vanificare la giurisprudenza della Corte stessa¹³⁶. In particolare l'*opinion* del giudice Sotomayor si concentra su tale ultimo aspetto evidenziando come la normativa texana inauguri uno schema normativo che potrebbe essere facilmente replicato in futuro in altri Stati al fine di vanificare la giurisprudenza costituzionale a tutela di molteplici diritti svuotando in tal modo il senso della dimensione costituzionale federale delle garanzie costituzionali¹³⁷.

7. La dottrina dello *stare decisis et non quieta movere* nella giurisprudenza costituzionale statunitense

La dottrina dello *stare decisis et non quieta movere*, che affonda le sue radici nella tradizione settecentesca del *common law* inglese¹³⁸, è richiamata nei *Federalist papers*¹³⁹ anche se gli stessi *founding fathers* non nascondevano l'idea che il principio del precedente vincolante dovesse essere interpretato con saggezza¹⁴⁰.

¹³⁶ Afferma il giudice Roberts a chiusura del suo *dissenting*: «The clear purpose and actual effect of S. B. 8 has been to nullify this Court's rulings. It is, however, a basic principle that the Constitution is the "fundamental and paramount law of the nation" and «[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. » *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803). *Indeed*, «[i]f the legislatures of the several states may, at will, annul the judgments of the courts of the United States, and destroy the rights acquired under those judgments, the constitution itself becomes a solemn mockery» *United States v. Peters*, 5 Cranch 115, 136 (1809). «The nature of the federal right infringed does not matter; it is the role of the Supreme Court in our constitutional system that is at stake», 595 U. S. (2021), No. 21–463, *Chief Justice Roberts, with whom Justice Breyer, Justice Sotomayor, and Justice Kagan join, concurring in the judgment in part and dissenting in part*, 4.

¹³⁷ 595 U. S. (2021), No. 21-463, *Justice Sotomayor, with whom Justice Breyer and Justice Kagan join, concurring in the judgment in part and dissenting in part*, 12.

¹³⁸ William Blackston nei suoi *Commentaries* definisce il precedente come una «permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments [...] », *Blackstone's Commentaries on the Laws Of England*, 1, 69-70.

¹³⁹ Nel *Federalist* n. 78, a firma di Hamilton, si legge «To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that [judges] should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them [...] ».

¹⁴⁰ In una lettera scritta da JAMES MADISON a C.E. Haynes il 25 febbraio 1831 — (ristampata nel volume *The Writings of James Madison*, 9, in GAILLARD HUNT (a cura di), NY, 1900), reperibile all'url <https://oll.libertyfund.org/title/madison-the-writings-vol-9-1819-1836> — si legge: «That cases may occur which

La giurisprudenza statunitense, probabilmente anche in virtù della diversa dimensione costituzionale nordamericana rispetto a quella inglese¹⁴¹, ha in effetti, da sempre aderito ad una visione *soft* del principio dello *stare decisis* (inteso in senso orizzontale¹⁴²) in base alla quale il giudice decidente dispone di un certo margine di manovra nel valutare se disconoscere un precedente quando non lo condivide in termini contenutistici¹⁴³. Peraltro, con riguardo alla giurisprudenza della Corte suprema, tale approccio *weak* è maggiormente marcato con riguardo ai casi che implicano l'interpretazione della Costituzione piuttosto che l'interpretazione di *Statutes* giacché la Corte considera che un precedente non gradito, connesso ad una normativa prevista in uno *Statute*, può essere agilmente modificato dal Congresso mentre un emendamento costituzionale, necessario al fine di superare un precedente giurisprudenziale, è decisamente più difficile da adottare¹⁴⁴ ed in effetti, nel corso della sto-

transcend all authority of precedents must be admitted, but they form exceptions which will speak for themselves and must justify themselves», 443.

¹⁴¹ Sul condizionamento prodotto dal costituzionalismo scritto nell'interpretazione del principio dello *stare decisis* in USA cfr. W.O. DOUGLAS, *Stare Decisis*, in *Columbia Law Review*, 49, 1949, 735 ss, il quale afferma plasticamente: «A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it», 736.

¹⁴² Sul vincolo orizzontale cfr. S. LAGARRE, C.R. HANDY, *Overruling Louisiana. Horizontal Stare Decisis and the Concept of Precedent*, in *Louisiana Law Review*, 82, 2021, 41 ss. Sul principio del precedente vincolante in senso verticale è molto chiara la Corte suprema nella decisione *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989): «If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions», at 484.

¹⁴³ Il *Black's Law Dictionary* (9a ed. 2009) definisce lo *stare decisis* come «the theory that courts must follow earlier court decisions without considering whether those decisions were correct», 1537 ed in effetti la dottrina giuridica evidenzia come in una visione formalistica dello *stare decisis* non ci sarebbe spazio per una valutazione contenutistica del precedente da parte del Giudice a meno che il precedente non sia “*flatly absurd or unjust*” (*Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, 1, 69-70); cfr. M.S. PAULSEN, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, in *Yale Law Journal*, 109, 2000, 1535 ss. («The essence of the doctrine [...] is adherence to earlier decisions, in subsequent cases [...] even though the court in the subsequent case otherwise would be prepared to say, based on other interpretive criteria, that the precedent decision's interpretation of law is wrong», 1538). Del resto, è stato osservato, se una Corte segue le decisioni precedenti perché le condivide non sta aderendo al principio dello *stare decisis* ma sta effettivamente riaffermando un precedente, su questo cfr. R.H. FALLON, JR., *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, cit., in *New York University Law Review*, 76, 2001, 570 ss. («If a court believes a prior decision to be correct, it can reaffirm that decision on the merits without reference to *stare decisis*», 570). Anche H.P. GLENN, *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York NY, IV ed., 2010; trad. it. S. FERLITO (a cura di), *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011 ha avanzato dei dubbi sull'effettiva partecipazione dell'ordinamento statunitense alla tradizione di *common law* affermando che «in many respects US law represents a deliberate rejection of common law principle, with preference being given to more affirmative ideas clearly derived from civil law», 263. Ciononostante Glenn in questa e altre opera (cfr. Id., *On Common Laws*, Oxford-New York NY, Oxford University Press, 2005) continua a considerare gli Stati Uniti all'interno della famiglia di *common law*, seppur con contaminazioni. Per la dottrina italiana sul punto cfr. U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988.

¹⁴⁴ Cfr. *John R. Sand & Gravel Co. v. United States*, 552 U.S. 130 at 139 (2008):«[S]tare decisis in respect to statutory interpretation has special force, for Congress remains free to alter what we have done»; *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 954-55 (1992), Rehnquist, J., *concurring in the judgment in part*

ria statunitense, risultano solo 5 casi di precedenti della Corte suprema superati attraverso emendamento costituzionale¹⁴⁵.

La Corte suprema ha da sempre evidenziato come il principio dello *stare decisis* promuova la *Rule of Law*¹⁴⁶ e in generale la stabilità dell'ordinamento¹⁴⁷ ed ha, dunque, sempre affermato che per proce-

and dissenting in part: «Erroneous decisions in such constitutional cases are uniquely durable, because correction through legislative action, save for constitutional amendment, is impossible. It is therefore our duty to reconsider constitutional interpretations that “depart from a proper understanding” of the Constitution»; *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 175 n.1 (1989): «[C]onsiderations of *stare decisis* have added force in statutory cases because Congress may alter what we have done by amending the statute. In constitutional cases, by contrast, Congress lacks this option, and an incorrect or outdated precedent may be overturned only by our own reconsideration or by constitutional amendment»; *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665 (1944): «In constitutional questions, where correction depends upon amendment and not upon legislative action this Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions»; *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-07 (1932), *Brandeis, J., dissenting*: «[I]n cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions».

¹⁴⁵ *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 117-18 (1970) (decisione con la quale la Corte ha stabilito che il Congresso non può stabilire quale limite di età per il voto i 18 anni nelle elezioni statali o locali, ma solo in quelle nazionali), superata con l'adozione del XXVI emendamento costituzionale («The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age»); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601, 637 (1895) (in base alla quale una tassa federale era incostituzionale perché non parametrata alla densità della popolazione degli Stati) superata attraverso l'adozione del XVI emendamento («The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration»); *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 178 (1874) (legittimante una legge statale che limitava il diritto di voto agli uomini), superata attraverso l'adozione del XIX emendamento («The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex»); *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 452-54 (1856) (schiavi ed ex schiavi sono privi della capacità di *standing* nelle Corti federali in quanto non sono cittadini statunitensi), superata dall'adozione del XIII e («Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction») XIV emendamento («All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws»); *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419, 452 (1793) (una Corte federale ha giurisdizione su cause civili sollevate da privati cittadini avverso gli Stati) superata dall' XI emendamento («The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another state, or by Citizens or Subjects of any Foreign state»).

¹⁴⁶ Cfr. ad esempio *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 378 (2010) (Roberts, J., *concurring*): «[*Stare decisis*'] greatest purpose is to serve a constitutional ideal — the rule of law. It follows that in the unusual circumstance when fidelity to any particular precedent does more damage to this constitutional ideal than to advance it, we must be more willing to depart from that precedent».

¹⁴⁷ *Alleyne v. United States*, 570 U.S. 99, 118 (2013) (Sotomayor, J., *concurring*): «We generally adhere to our prior decisions, even if we questions their soundness, because doing so ‘promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process»); *Hilton v. S.C. Pub. Rys. Comm'n*, 502 U.S. 197, 202 (1991): «Adherence to precedent promotes stability, predictability, and respect for judicial authority»); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991): «*Stare decisis* is the preferred course because it promotes the even-

Reviews



dere ad un *overruling* è necessario che vi siano delle ragioni significative che giustificano la mancata aderenza alla regola del precedente vincolante¹⁴⁸.

In una recente decisione adottata dalla Corte suprema¹⁴⁹, il giudice Alito¹⁵⁰ ha utilizzato uno schema in relazione al quale valutare la sussistenza di una o più “*special justifications*” in relazione alle quali è possibile legittimamente ripudiare un precedente. Tali ragioni attengono generalmente: alla qualità dell’argomentazione giuridica dello stesso (*Quality of Reasoning*), quando il precedente è irrazionale, mal argomentato, palesemente errato; al fatto che il precedente sia di difficile applicazione per le Corti inferiori (*Workability*); al fatto che sia incoerente rispetto ad altri precedenti ad esso correlati (*Inconsistent*); al fatto che si siano verificati dei cambiamenti sostanziali nella percezione di fatti rilevanti assunti per la decisione del precedente (*Changed Understanding of Relevant Facts*). La Corte, tuttavia, nel decidere se adottare o meno un *overruling* è tenuta a considerare con grande attenzione la possibilità che il cambiamento giurisprudenziale possa avere un impatto su aspettative sociali od economiche, individuali o collettive talmente radicate da essere percepito come una lesione nella tutela dei diritti fondamentali individuali o un’alterazione del sistema dei poteri (*Reliance*)¹⁵¹.

handed, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process»); *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265-66 (1986): «[T]he important doctrine of stare decisis [is] the means by which we ensure that the law will not merely change erratically, but will develop in a principled and intelligible fashion. That doctrine permits society to presume that bedrock principles are founded in the law, rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in appearance and in fact».

¹⁴⁸ Cfr. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___, No. 16-1466, (2018): «We will not overturn a past decision unless there are strong grounds for doing so» at 34; *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992) (*plurality opinion*): «[A] decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided [...] stating that reexamining precedent requires more than “a present doctrinal disposition to come out differently”»; *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203, 212 (1984): «Although adherence to precedent is not rigidly required in constitutional cases, any departure from the doctrine of stare decisis demands special justification». Cfr. sul tema M.J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *George Washington Law Review*, 60, 1991, 68 ss., il quale afferma «The inevitable consequence of [overruling precedent solely because of disagreement with its underlying reasoning] would be chaos, lack of certainty regarding the durability of a number of individual freedoms, and/or proof positive that constitutional law is nothing more than politics carried on in a different forum», 71.

¹⁴⁹ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___(2018), Docket n. 16-1466,.

¹⁵⁰ Justice Alito è da sempre sostenitore di un’interpretazione ragionevole del principio dello *stare decisis* in relazione al quale nel corso dei suoi *confirmation hearings* ebbe ad affermare: «Well, I think what needs to be done is a consideration of all of the factors that are relevant. This is not a mathematical formula. It would be a lot easier for everybody if it were. But it is not. The Supreme Court has said that this is a question that calls for the exercise of judgment. They have said there has to be a special justification for overruling a precedent. There is a presumption that precedents will be followed. But it is not — the rule of stare decisis is not an inexorable command, and I don’t think anybody would want a rule in the area of constitutional law that [...] said that a constitutional decision, once handed down, can never be overruled» *Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, Jr. To Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong.* 399 (2006).

¹⁵¹ L’elenco è tratteggiato dal Giudice Alito nella decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees* e commentato da B.J. MURRILL, *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Prece-*

Fra le “*special justification*” ipotizzate in anni passati quali motivi idonei a consentire l’*overruling* del caso *Roe* risulta affascinante la teoria proposta dal giudice Thomas nella sua opinione concorrente al caso *Box v. Planned Parenthood*¹⁵². La vicenda riguardava una legge dell’Indiana concernente lo smaltimento dei resti fetali e l’imposizione di un *selective abortion ban*, ovvero di una normativa che impediva aborti selettivi giustificati sulla base della razza, del sesso o dello stato di disabilità del feto. La Corte del Settimo Circuito aveva sancito l’illegittimità della normativa e la questione era giunta infine alla Corte suprema. La decisione è stata assunta *per curiam* e la Corte, sostanzialmente, non si è pronunciata nel merito; tuttavia, il giudice Thomas, condividendo alcune osservazioni della Corte di circuito (di cui era componente, all’epoca, il futuro giudice Amy Coney Barrett), ha elaborato una sua personale opinione nella quale ha avanzato l’idea che l’aborto sia uno strumento medico caratterizzato da fini eugenetici di selezione della razza utilizzato come mezzo di repressione e progressiva eliminazione della popolazione di colore. La teoria di Thomas non ha trovato un sufficiente sostegno nella dottrina e nella giurisprudenza statunitense ed è inoltre da evidenziare come la questione razziale, in connessione al tema del diritto all’aborto, sia argomento dibattuto in modi divergenti a seconda delle prospettive adottate giacché i movimenti femministi hanno insistito, nel tempo, sulla necessità di valutare l’iniquità dell’accesso all’aborto ed alla contraccezione per le donne di colore (sostenendo che spesso questo comportava che le donne di colore più facilmente finivano con l’optare per la sterilizzazione) mentre, parallelamente, i movimenti antiabortisti hanno elaborato l’idea, condivisa dal giudice Thomas, che l’aborto possa in realtà sottendere a fini eugenetici per la repressione della popolazione di colore¹⁵³.

Nondimeno, la teoria avanzata dal Justice Thomas nella decisione *Box* è stata considerata con grande attenzione dalla dottrina statunitense in relazione al segnale che essa rappresenta ovvero il tentativo, da parte di alcuni giudici della Corte suprema, di elaborare delle giustificazioni incontrovertibili alla necessità di superare i precedenti giurisprudenziali connessi al diritto all’interruzione volontaria della gravidanza¹⁵⁴.

Poco dopo la decisione del caso *Box* si è verificata la saga giurisprudenziale connessa alla normativa *Heartbeat* del Texas.

Le vicende connesse alla normativa texana hanno suscitato grande clamore nella dottrina giuridica statunitense ed internazionale risultando sorprendente la decisione della Corte di non entrare, per quanto possibile, nel merito della questione ovvero di non pronunciarsi sull’effettiva legittimità costituzionale del *Senate Bill 8*. Tale scelta è tuttavia da collegarsi alla circostanza per la quale, nel periodo

dent, *CRS Report for Congress*, 2018. Con riguardo in particolare alla *Reliance* nel *Report* si distingue fra *Economic, Societal e Governmental Reliance* ovvero affidamento nel precedente di tipo economico, di aspettativa sociale (caratteristica richiamata ad esempio nella decisione *Casey*) ed istituzionale. Per un approccio critico alla *societal reliance* cfr. A. LAZARO MILLS, *Reliance by Whom? The False Promise of Societal Reliance in Stare Decisis Analysis*, in *New York University Law Review*, 92, 2017, 2094 ss. il quale a pagina 2096 afferma «Ultimately, societal reliance provides the Court with vast and unpredictable discretion when deciding whether to overturn a contested precedent».

¹⁵² *Box v. Planned Parenthood*, 587 US_ (2019), Docket n. 18-483.

¹⁵³ Sul punto, M. MURRAY, *Race-ing Roe: Reproductive Justice, Racial Justice, and the Battle for Roe v. Wade*, in *Harvard Law Review*, *cit.*, 134, 2021; cfr. anche M. S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021, 415 ss.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibid.*

in cui sono state assunte le decisioni sulla legge texana, fosse pendente, dinanzi alla stessa Corte suprema, un altro importante caso concernente l'interruzione volontaria della gravidanza ovvero il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁵⁵.

È infatti possibile che la maggioranza dei giudici della Corte suprema, pur orientata oramai verso una possibile riconsiderazione del precedente *Roe*, abbia ritenuto che i numerosi profili di dubbio di costituzionalità concernenti la normativa texana rendessero le vicende giurisprudenziali ad essa connessa poco adatti a rappresentare il precedente nel quale effettuare un *overruling* decisamente importante ed abbiano dunque optato, in quei casi, per soluzioni "procedurali" favorendo invece una decisione sul merito nella vicenda *Dobbs*.

8. La Corte suprema nel progressivo processo di polarizzazione della politica americana

Il caso *Dobbs* (concernente la legittimità del *Mississippi's Gestational Age Act*¹⁵⁶ in base al quale è posto un divieto all'interruzione volontaria della gravidanza dopo le 15 settimane dall'inizio della gestazione¹⁵⁷) viene sottoposto all'attenzione della Corte suprema federale in un momento storico nel quale la composizione della Corte, con le tre nomine effettuate dalla presidenza Trump, ha acquistato una connotazione peculiare: la maggioranza, considerata di orientamento conservatore composta oltre che dal *Chief Justice* Roberts dai giudici Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, e Barrett è difatti parzialmente calmierata dalla personalità del *Chief Justice* il quale interpreta il proprio ruolo in termini rigorosi ed ancorati ai principi formalistici che governano il *rule of law* e lo *stare decisis*.

D'altra parte, la (oramai) minoranza considerata di inclinazione "*liberal*" (i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan) ha perso figure di spicco e di riferimento che contribuivano a portare avanti con grande energia gli orientamenti propri della stagione della *rights revolution* (*Justice* Ginsburg) o ad instaurare un proficuo dialogo con gli altri giudici della Corte (*Justice* Kennedy).

Si tratta di un'evoluzione che, come ben argomentato da J.M. Balkin¹⁵⁸, affonda le sue radici in epoche precedenti all'amministrazione Trump in quanto è, probabilmente, a partire dall'inizio degli anni novanta che le nomine della Corte suprema sono state interessate da un processo di polarizzazione che lo studioso definisce asimmetrico per cui, mentre le amministrazioni Democratiche di Clinton e Obama hanno avuto cura di rappresentare la varietà demografica delle loro *constituencies*, nominando più giudici donne ed esponenti di minoranze, le amministrazioni a guida Repubblicana hanno guardato più al radicamento conservatore dei profili prescelti. In particolare, con riguardo alle nomine effettuate da amministrazioni a guida Repubblicana, partendo dalla seconda metà del XX secolo, se Rehnquist e Scalia possono ancora essere annoverati tra i gli esponenti di un conservatorismo (per se profondo) saldamente rispettoso della dinamica costituzionale contromaggioritaria che anima il ruolo della Corte stessa, a partire dalla nomina del giudice Thomas, nel 1991, si rende maggiormente

¹⁵⁵ Numero di fascicolo 19-1392. Tutta la documentazione del caso è reperibile al seguente url: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>. La discussione orale del caso *Dobbs* si è svolta il primo dicembre 2021.

¹⁵⁶ *House Bill* 1510 del 2018.

¹⁵⁷ Salvo in casi di gravi emergenze mediche o di severe condizioni di abnormità del feto.

¹⁵⁸ J.M. BALKIN, *op. cit.* Il volume è recensito da N.G. CEZZI in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 11, 2020, 317 ss.

evidente come le scelte del Partito Repubblicano inizino a ricadere sull'area più radicalizzata dei conservatori¹⁵⁹.

Questa evoluzione in termini di composizione della Corte sembra essere il prodotto di una ancor precedente evoluzione storico politica statunitense che risale al periodo dell'amministrazione Reagan nel corso della quale i Repubblicani si sono spostati verso orientamenti maggiormente estremisti più velocemente di quanto abbiano fatto (inversamente) i democratici. Inoltre, convinti che i *liberal* avessero dato inizio ad un percorso di progressiva egemonia culturale e politica¹⁶⁰, i movimenti radicali Repubblicani si sono anche impegnati nello sviluppo di istituzioni elitarie che rispecchiassero questa nuova identità politica¹⁶¹ e, con ciò, hanno contribuito alla polarizzazione del sistema.

Considerando che il *judicial review of legislation* è un'invenzione politica, disegnata per consolidare gli interessi di medio-lungo termine delle organizzazioni partitiche è evidente che mentre in tempi di depolarizzazione essa partecipa pienamente al meccanismo dei *Checks and Balances* del modello costituzionale statunitense, al contrario, nelle fasi del ciclo costituzionale caratterizzati da maggiore polarizzazione, giacché il potere giudiziario federale, comincia ad essere costituito da un'élite di giuristi che è soggetta alla polarizzazione tanto quanto l'élite politica, smette di essere una garanzia contro-maggioritaria a protezione della democrazia e inizia ad essere una delle forze che concorrono a quella che Balkin definisce (forse eccessivamente) la *contitutional rot*¹⁶².

Che si sia d'accordo o meno con tale ricostruzione, è tuttavia innegabile che l'evoluzione nella composizione della Corte abbia favorito l'inaugurazione di una nuova stagione giurisprudenziale che prende le mosse a partire dal 2018 quando, con la nomina del giudice Kavanaugh, cambiano sostanzialmente gli equilibri interni della Corte (equilibri che si consolideranno nel loro mutare con la nomina del giudice Barrett). Nell'ultimo quinquennio la Corte suprema ha difatti effettuato diversi *overruling* significativi.

Nella già citata decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*¹⁶³ la Corte ha ribaltato il caso *Abood v. Detroit Board of Education*¹⁶⁴, del 1977, stabilendo che le leggi che richiedono ai dipendenti pubblici il pagamento di una "quota equa" al sindacato designato a rappresentarli (anche se i dipendenti non sono iscritti al sindacato) viola il Primo Emendamento¹⁶⁵; nel caso *South Dakota v. Wayfair*¹⁶⁶ la Corte ha ribaltato i precedenti *National Bellas Hess, Inc. v. De-*

¹⁵⁹ L'osservazione è di J.M. BALKIN, *Ivi*, 122.

¹⁶⁰ Sul punto basti leggere il *pamphlet* di R.H. BORK, *Coercing Virtue*, Aei Press, 2003, trad. it. e commento S. SILEONI, (a cura di), *Il giudice sovrano*, 2006.

¹⁶¹ L'osservazione è ancora di Balkin il quale sottolinea come i movimenti conservatori, a partire dagli anni settanta abbiano iniziato a creare proprie organizzazioni rappresentative, con appositi *media* (*Fox News*, nata nel 1996), *think tanks* (*Heritage Foundation*, nata nel 1973), e *network* (*Federalist Society*, fondata nel 1982), mentre i *liberal* si sono trovati privi di alternative corrispettive.

¹⁶² J.M. BALKIN, *Constitutional Crises and Constitutional Rot*, in *Maryland Law Review*, 77, 2017, 147 ss.; ID., *Constitutional Rot*, in Cass R. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here?: Authoritarianism in America*, 2018.

¹⁶³ *Janus*, 585 U.S. __ (2018), Docket n. 16-1466.

¹⁶⁴ *Abood*, 431 U.S. 209 (1977).

¹⁶⁵ *Janus*, 585 U.S. __ (2018): «We conclude that this arrangement violates the free speech rights of nonmembers by compelling them to subsidize private speech on matters of substantial public concern», 1.

¹⁶⁶ *Janus*, 585 US _ (2018), Docket n. 17-494.

*partment of Revenue of the State of Illinois*¹⁶⁷ e *Quill Corp. v. North Dakota*¹⁶⁸ in tema di *Dormant Commerce clause* (in senso ampliativo per gli Stati e restrittivo per il potere federale¹⁶⁹), infine, nel caso *Trump v. Hawaii*¹⁷⁰ la Corte ha disconosciuto il famigerato precedente *Korematsu v. United States*¹⁷¹ con il quale era stata sancita la legittimità delle ghettizzazioni dei cittadini di origine asiatica nel periodo della seconda guerra mondiale affermando che «*Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and — to be clear — “has no place in law under the Constitution”*». La decisione *Trump v. Hawaii* è tuttavia particolarmente significativa in quanto in essa, la Corte, pur ripudiando il precedente *Korematsu*¹⁷² a causa della profonda storica avversione a tale decisione che si è resa, nel tempo, evidente in considerazione della mancata “*compliance*” al disposto giurisprudenziale da parte dell’intera società americana¹⁷³, è approdata ad un deciso che, nei fatti, costituisce tutt’altro che un ripudio di quel precedente¹⁷⁴ stabilendo che i provvedimenti adottati dal governo in tema di sicurezza devono essere valutati utilizzando uno scrutinio deferente e che, a ragione di ciò, il *Presidential proclamation* 9645 con il quale Donald Trump ha limitato l’ingresso negli Stati Uniti di persone provenienti da alcune specifiche nazioni a causa del loro fondamentalismo islamico non fosse in violazione dell’*Establishment clause* del I emendamento della Costituzione statunitense.

A queste decisioni possono aggiungersene altre (adottate con la maggioranza 5—4 di giudici di nomina Repubblicana) nelle quali la Corte, pur non disconoscendo alcuno specifico precedente, sembra confermare la sussistenza della detta stagione giurisprudenziale¹⁷⁵: si pensi al caso *Shelby County v. Holder* (2013) che ha sancito l’incostituzionalità di alcune previsioni del *Voting Right Acts* del 1965 che pongono una supervisione federale sulle leggi elettorali statali, in particolare su quelle sospettate di discriminazione razziale; al caso *Rucho v. Common Cause*¹⁷⁶ (2019) con il quale è stato affermato che il disegno delle circoscrizioni elettorali (il *gerrymandering*) è questione politica, su cui la Corte non può pronunciarsi e, non ultimo, al caso *Department of Commerce v. New York*¹⁷⁷ (2019) (noto come *Census case*)¹⁷⁸ in cui i giudici conservatori della Corte Suprema hanno preferito non dare peso

¹⁶⁷ *Nat’l Bellas Hess, Inc. v. Dep’t of Revenue of the State of Illinois*, 386 U.S. 753 (1967).

¹⁶⁸ *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298 (1992).

¹⁶⁹ Consentendo agli Stati di imporre delle tasse sulle vendite anche a venditori che non sono presenti fisicamente sul territorio dello Stato ma che comunque “svolge un’attività che ha un nesso sostanziale con lo stato imponibile”.

¹⁷⁰ *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___, (2018), Docket n. 17-965.

¹⁷¹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

¹⁷² Alcuni studiosi dubitano che si tratti di un vero e proprio *overruling* ritenendo che si tratti di una mera stigmatizzazione morale. Cfr. R.A. DEAN, *Trump v. Hawaii is Korematsu all Over Again*, in *Civil Rights Law Journal*, 29, 2, 2019, 175.

¹⁷³ Cfr. D.M. HASHIMOTO, *The Legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Retold*, in *University of California Los Angeles Asian Pacific American Law Journal*, 4, 1996, 72 ss.: «The popular wisdom is that Korematsu has been, in fact, overruled as evidenced by the criticism it has received», 77.

¹⁷⁴ N.K. KATYAL, *Trump v. Hawaii: How The Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, in *The Yale Law Journal Forum*, January 30, 2019

¹⁷⁵ J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., 138.

¹⁷⁶ *Rucho v. Common Cause*, 588 US_(2019), Docket n. 18-422.

¹⁷⁷ *Department of Commerce v. New York*, 588 US_(2019), Docket n. 18-966.

¹⁷⁸ La decisione è ampiamente illustrata in *Harvard Law Review*, 133, 2019, 372 ss.

all'evidenza probatoria che dimostrava come l'amministrazione Trump (nella persona del segretario al Commercio Wilbur Ross), in sede di sindacato giurisdizionale, avesse effettivamente avanzato delle motivazioni pretestuose al fine di giustificare la modifica dei quesiti del censimento del 2020 coprendo il tentativo di articolare il quesito censitario col fine esplicito di scoraggiare la partecipazione delle fasce più vulnerabili della popolazione¹⁷⁹. Ancora più recentemente, a ridosso della pubblicazione della decisione *Dobbs*, non possono non segnalarsi i diversi casi decisi dalla suprema Corte in tema di *Establishment clause* (volti ad interpretare i limiti del Primo emendamento secondo direttrici maggiormente favorevoli alla libertà di espressione religiosa)¹⁸⁰ la sentenza *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*¹⁸¹ con la quale, a strenua garanzia del Secondo emendamento, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge di New York che limitava la possibilità di portare liberamente armi in luoghi pubblici e la decisione *Vega v. Tekoh*¹⁸² con cui la Corte, riducendo le possibilità di ricorso in sede civile per violazione dei c.d. *Miranda Rights* ha limitato in parte la tutela giurisprudenziale dei diritti di difesa.

A fronte delle aspre polemiche suscitate da alcune discusse nomine alla Corte suprema nel corso dell'amministrazione Trump (con riferimento in particolare alla nomina del giudice Amy Coney Barrett e, precedentemente, all'uso dell'"opzione nucleare" per le nomine alla Corte suprema effettuate da Trump)¹⁸³, il dibattito sul tema della composizione della Corte suprema e delle sue ricadute sulla giurisprudenza è divenuto oggetto di grande attenzione politica tanto che, il 9 aprile 2021, il Presidente Biden ha istituito (con *executive order* 14023¹⁸⁴) una Commissione dedicata specificatamente a tali questioni. La *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* ha presentato la sua relazione finale l'8 dicembre 2021¹⁸⁵. Il mese successivo, in sostituzione del giudice Breyer, che ha annunciato il proprio ritiro il 26 gennaio 2022, il Presidente Biden ha tuttavia avuto modo di effettuare la sua prima nomina alla Corte suprema nella persona del giudice Ketanji Brown Jackson¹⁸⁶ la quale ha ottenuto la conferma del Senato il 7 aprile 2022 (con inizio del proprio mandato fissato all'estate del 2022) divenendo la prima donna di colore a sedere sul più alto scranno del giudiziario federale statunitense.

È in questo ampio e articolato quadro che occorre valutare le vicende giurisprudenziali e di stretta attualità connesse al precedente *Roe* (e *Casey*) in tema di diritto all'aborto. Ciò, tra l'altro, anche perché il caso *Dobbs* richiede di essere analizzato considerando attentamente alcune vicende di cronaca che lo hanno profondamente caratterizzato.

¹⁷⁹ Sul punto ancora J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit., 143 ss.

¹⁸⁰ Cfr. *Carson v. Makin*, 596 US_(2022), Docket n. 20-1088 e *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 US_(2022), Docket n. 21-418.

¹⁸¹ *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, Docket n. 20-843; sentenza adottata il giorno prima della decisione *Dobbs*.

¹⁸² *Vega v. Tekoh*, 597 US_(2022), Docket n. 21-499.

¹⁸³ Cfr. supra nota 8.

¹⁸⁴ Per il testo integrale della misura, v. <https://bit.ly/3UMGNCR>.

¹⁸⁵ La relazione è consultabile al seguente url: <https://bit.ly/3SynsDP>.

¹⁸⁶ Il comunicato della Casa Bianca di nomina del giudice Ketanji Brown Jackson è reperibile al seguente url: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/02/25/president-biden-nominates-judge-ketanji-brown-jackson-to-serve-as-associate-justice-of-the-u-s-supreme-court/>.

9. Il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, lo scandalo della pubblicazione della bozza della decisione e l'*overruling* dei precedenti giurisprudenziali sul diritto all'aborto

La discussione orale del caso *Dobbs* si è svolta a dicembre 2021 e la relativa decisione era attesa per fine giugno 2022. Tuttavia, il 26 aprile 2022, il *Wall Street Journal* ha pubblicato un editoriale¹⁸⁷ nel quale si delineava come all'interno della Corte suprema si stesse consumando un difficile dibattito circa la possibilità di ribaltare il precedente *Roe* e che fra i giudici "indecisi", nella difficile posizione di "ago della bilancia", vi fossero i *Justices* Kavanaugh e Roberts. I due giudici, secondo "le fonti" del *Wall Street Journal*, non avevano ancora deciso se aderire ad una decisione netta di *overruling* insieme con i giudici Alito, Gorsuch, Thomas e Barrett oppure optare per una posizione sfumata probabilmente sostenuta dal *Chief Justice*. Come se tale fuga di notizie non fosse già abbastanza, il 2 maggio 2022, il giornale *web* "Politico" ha pubblicato una bozza di decisione a firma del giudice Alito che sanciva inequivocabilmente l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*¹⁸⁸. Qualche giorno dopo, il *Chief Justice* Roberts ha ammesso l'autenticità della bozza ma ha sottolineato come essa non rappresentasse ancora la decisione finale (né nel deciso né nella parte motiva) sulla quale i giudici non avevano ancora proceduto a votare¹⁸⁹.

La vicenda costituisce un caso assolutamente raro, mai verificatosi (in questi aspri termini) nella storia della Corte suprema USA¹⁹⁰. Il *Chief Justice* Roberts ha immediatamente ordinato un'indagine interna per verificare chi possa aver trafugato la bozza di decisione e, ovviamente, nel Paese si sono susseguite importanti manifestazioni a favore o contro la stessa¹⁹¹.

Il 3 maggio 2021, il giorno successivo la pubblicazione della bozza di decisione, il Presidente Joe Biden ha pubblicato una dichiarazione di aperto dissenso nei confronti della possibilità che la Corte suprema effettivamente approdasse ad un *overruling* di *Roe*¹⁹² senza peraltro esprimersi, in alcun modo, sulla gravità della situazione istituzionale (che probabilmente richiedeva alla Presidenza, a prescindere dalla condivisione dei contenuti della bozza trapelata, di stigmatizzare il mancato rispetto nei confronti della più alta Corte federale realizzatosi attraverso la transfugazione di notizie). La Casa Bianca, nella persona della vicepresidente Kamala Harris, ha inoltre intrapreso, nei giorni successivi, un'intesa attività di colloqui con rappresentanti statali e della dottrina giuridica per valutare possibili

¹⁸⁷ <https://www.wsj.com/articles/abortion-and-the-supreme-court-dobbs-v-jackson-mississippi-john-roberts-11651009292>

¹⁸⁸ Cfr. <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504>.

¹⁸⁹ <https://www.scotusblog.com/2022/05/roberts-orders-leak-investigation-as-court-confirms-authenticity-of-draft-opinion/>.

¹⁹⁰ Su casi simili, ma comunque mai così gravi si rinvia a J. GERSTEIN, *How Rare is Supreme Court Breach? Very Rare*, reperibile all'url <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-draft-opinion-00029475>.

¹⁹¹ Sull'intera vicenda si rinvia a <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁹² Cfr. *Statement by President Biden on Reported Supreme Court Decision Draft, (May 3, 2022)* reperibile all'url <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/03/statement-by-president-joe-biden-4/>.

strategie di reazione politica dell'esecutivo federale ad un eventuale *overruling*¹⁹³. Nei mesi di poco precedenti, peraltro, il Senato statunitense aveva respinto con un voto 46 a 48 il *Women's Health Protection Act* del 2021, proposta di legge federale, già approvata dalla Camera dei Rappresentanti (il 24 settembre del 2021), finalizzata a garantire il diritto all'aborto¹⁹⁴. Tale circostanza ha contribuito ad animare ancora di più i sostenitori di ciascuna delle parti contendenti già infiammati dalla vicenda texana a seguito della quale alcuni Stati avevano iniziato un percorso di adozione di normative sensibilmente restrittive in tema di aborto: ad esempio, l'11 aprile 2022, lo Stato dell'Oklahoma ha adottato una normativa (la n. 4327) profondamente restrittiva vietando l'interruzione della gravidanza a partire dalla fecondazione con le sole eccezioni di incesto, violenza sessuale ed emergenza medica¹⁹⁵. All'opposto, in altri Stati, sono state ipotizzate leggi a garanzia del diritto di aborto ed in effetti, il 5 maggio 2022, il Governatore dello Stato del Connecticut ha firmato il *Reproductive Freedom Defense Act*¹⁹⁶ come tutela ampia di tale diritto.

La vicenda ha scosso profondamente l'opinione pubblica statunitense ed ha posto la Corte suprema in una condizione di grave difficoltà istituzionale fino al verificarsi di vicende incresciose quali minacce pesantissime nei confronti di alcuni giudici (in particolare il giudice Kavanaugh¹⁹⁷). Ciò, peraltro, ha spinto il Congresso ad approvare delle normative di maggiore protezione fisica dei giudici della Corte suprema che in passato non erano ritenute necessarie¹⁹⁸.

Ad indagine interna ancora in corso, restano affidate al dibattito giornalistico le ipotesi circa chi possa aver realizzato la c.d. "soffiata" al giornale *on line* proponendosi principalmente due ipotesi paradossalmente del tutto contrapposte: a fronte di chi ritiene che la bozza sia stata fatta circolare da un *law clerck* di qualche giudice *liberal* al fine di allertare l'opinione pubblica sulla direzione della decisione

¹⁹³ Cfr. *Remarks by Vice President Harris Before Roundtable to Discuss Roe V. Wade*, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/14/remarks-by-vice-president-harris-before-roundtable-to-discuss-roe-v-wade/>.

¹⁹⁴ Il progetto HR 3755 (proposto sulla base dei poteri del Congresso connessi alla *commerce clause*) è sottotitolato "An Act to protect a person's ability to determine whether to continue or end a pregnancy, and to protect a health care provider's ability to provide abortion service". Cfr. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3755/text>.

¹⁹⁵ La legge con riguardo alle modalità di applicazione segue il modello già adottato nella normativa texana sull'*Heartbeat*. Sulla detta normativa cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Oklahoma-legge-sull-aborto>.

¹⁹⁶ <https://www.cga.ct.gov/2022/ACT/PA/PDF/2022PA-00019-R00HB-05414-PA.PDF>; sul detto atto normativo cfr anche <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/US-Connecticut-Reproductive-Freedom-Defense-Act>.

¹⁹⁷ Qualche giorno dopo la pubblicazione *on line* della bozza di decisione un gruppo di attivisti a favore dell'aborto ha organizzato un *sit in* fuori dall'abitazione del giudice Kavanaugh (cfr: <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/abortion-rights-activists-demonstrate-conservative-supreme-court-justi-rcna27901>) e nei giorni successivi uno "squilibrato" armato di pistola, coltello, fascette metalliche e piede di porco ha tentato di entrare nella casa del medesimo giudice con l'evidente finalità di aggredirlo fisicamente (<https://www.washingtonpost.com/dc-md-va/2022/06/08/kavanaugh-threat-arrest-justice/>).

¹⁹⁸ A seguito di tali vicende il presidente della Camera dei Rappresentanti Nancy Pelosi ha dichiarato che il Congresso provvederà in tempi stretti a discutere un progetto di legge che possa ampliare le garanzie di tutela fisica dei giudici della Corte suprema (<https://edition.cnn.com/2022/06/09/politics/supreme-court-security-legislation-house-vote-pelosi/index.html>).

Dobbs nella speranza che le possibili proteste all'*overruling* di *Roe* potessero condurre qualche giudice conservatore a cambiare idea, vi è chi ipotizza che la "talpa" appartenga invece proprio alle fila dell'area conservatrice della Corte animata dal fine di blindare la decisione rendendo difficile ai giudici da cui ci si "aspetta" l'*overruling* un ripensamento¹⁹⁹.

L'*overruling* di *Roe* e *Casey* ventilato nel *draft opinion* di Alito si fonda sulla considerazione per la quale le decisioni del 1973 e del 1992 sono errate sin dalla loro adozione, motivate con argomentazioni «*exceptionally weak*» e comportanti conseguenze dannose per la stabilità dell'ordinamento in quanto hanno contribuito ad infiammare il dibattito sull'aborto piuttosto che condurlo ad una soluzione pacifica²⁰⁰.

Gli effetti del *draft* di Alito in attesa della pubblicazione della decisione non hanno mancato di farsi sentire: il 17 giugno 2022 la Corte suprema dell'Iowa, nella decisione *Planned Parenthood of the Heartland, Inc. and Jill Meadows, M.D. v. Kim Reynolds ex rel. State of Iowa and Iowa Board of Medicine* (PPH III)²⁰¹, ha, ad esempio, stabilito che la Costituzione statale non garantisce il diritto all'aborto procedendo ad un *overruling* interno di una decisione della stessa Corte suprema statale del 2018²⁰². La bozza di decisione, indubbiamente deflagrante nei suoi effetti è stata accolta con sentimenti profondamente divergenti dall'intera società americana e non è riuscita a impedire l'enorme reazione (alternativamente, disperata o di grande approvazione) susseguente alla pubblicazione della sentenza avvenuta il 24 giugno 2022.

La decisione *Dobbs* ha confermato del tutto quanto già trapelato nel mese precedente con la circolazione della bozza di Alito ovvero il pieno e completo *overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*.

L'opinione di maggioranza, a firma di Alito, è stata sottoscritta dai giudici Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett. Hanno sottoscritto un'opinione concorrente (ciascuno) i giudici Thomas, Kavanaugh e Roberts mentre hanno (grandemente) dissentito i giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

La decisione di maggioranza ricalca quasi del tutto la bozza di Alito rispetto alla quale, a parte alcune variazioni stilistiche, risultano introdotte alcune riflessioni riguardanti le osservazioni avanzate nell'opinione dissenziente²⁰³ e nell'opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts²⁰⁴.

Non sono invece considerate, in alcun modo, le opinioni concorrenti dei giudici Thomas e Kavanaugh probabilmente a causa del fatto che la *concurring opinion* del primo ha proposto delle osservazioni che ampliano moltissimo la portata dell'*overruling* da realizzarsi nel caso *Dobbs* fino a conseguenze dalle quali l'opinione di maggioranza non fa che prendere le distanze mentre l'opinione del giudice Kavanaugh sembra aprire a delle "possibilità" di soluzione normativa della questione aborto che probabilmente il resto della maggioranza ritiene di non condividere.

¹⁹⁹ Sul punto: D. SMITH, "Betrayal" chief justice orders inquiry into leak of draft abortion ruling, *The Guardian*, 3 maggio 2022.

²⁰⁰ *Alito's Draft Opinion*, 6.

²⁰¹ *Planned Parenthood of the Heartland, Inc. and Jill Meadows, M.D. v. Kim Reynolds ex rel. State of Iowa and Iowa Board of Medicine, Supreme Court of Iowa*, n. 21-0856, June 17, 2022.

²⁰² *Planned Parenthood v. Reynolds*, (PPH II) n. 17-1579, Sept.18, 2018.

²⁰³ 43-46 e 77-80 dell' *Opinion of the Court*. Parte II D (1,2,3), e V A (1,2,3).

²⁰⁴ 80-84 dell' *Opinion of the Court* Parte V B (1,2,3).

La decisione, a firma del giudice Alito, riprende lo schema già utilizzato nella decisione *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees* del 2018 (anch'essa vergata dal medesimo giudice) per valutare la legittimità di un *overruling*.

In apertura, la decisione pone in evidenza come già nella decisione *Casey* la maggioranza dei giudici non fosse in effetti del tutto convinta della correttezza in termini contenutistici di quanto disposto in *Roe* e che, dunque, quanto stabilito in *Casey* sia stato condizionato dalla necessità di rispettare il principio dello *stare decisis* e del *rule of law*. Tuttavia, evidenzia Alito, la stessa decisione *Casey*, paradossalmente altera il precedente *Roe* riducendone la portata al suo *holding* essenziale e conducendo comunque a disconoscere alcune decisioni che la Corte aveva adottato pochi anni prima²⁰⁵.

Justice Alito pone inoltre in risalto il nutrito contenzioso costituzionale in tema di aborto e l'evidenza per la quale numerosi Stati membri della Federazione hanno continuamente adottato normative in contrasto con i precedenti *Roe* e *Casey* con lo specifico intento di ottenere un *overruling*²⁰⁶.

Il ragionamento argomentativo che è sostenuto nella decisione è fondato sull'analisi delle circostanze in relazione alle quali le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection* del XIV Emendamento garantiscono la protezione di diritti non espressamente menzionati in Costituzione. Difatti, per non sfociare in una forma eccessiva di discrezionalità del giudiziario, tali diritti (come chiarito nella decisione *Washington v. Glucksberg*²⁰⁷) devono essere profondamente radicati nella storia e nella tradizione della Nazione («*deeply rooted in this Nation's history and tradition*») ed impliciti nel concetto di «libertà ordinata» («*implicit in the concept of ordered liberty*»)²⁰⁸ che caratterizza l'ordinamento statunitense.

Sull'utilizzo da parte della maggioranza della Corte del *Glucksberg test* è possibile avanzare qualche riflessione critica connessa alla fragilità argomentativa e di qualificazione giuridica che esso può innescare. Ciò che è accaduto, ad esempio, in occasione del caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*²⁰⁹, quando la Corte di Appello per il distretto della Columbia ha negato l'esistenza del diritto dei malati terminali ad utilizzare farmaci sperimentali mentre, in maniera evidente, il tema andava qualificato in relazione al diritto individuale di salvarsi la vita con tutti i mezzi leciti a propria disposizione²¹⁰.

²⁰⁵ Alito afferma difatti «paradoxically, the judgment in *Casey* did a fair amount of overruling. Several important abortion decisions were overruled in toto, and *Roe* itself was overruled in part» (sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 4) spiegando poi in nota che il riferimento è al disconoscimento delle decisioni *Akron v. Akron center for reproductive health* del 1983 e *Thornburgh v. American college of obstetrician and gynecologist* del 1986.

²⁰⁶ «Americans continue to hold passionate and widely divergent views on abortion and State legislatures have acted accordingly [...] 26 States have expressly asked this Court to overrule *Roe* and *Casey* and allow the States to regulate or prohibit pre-viability abortions», sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 4.

²⁰⁷ *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997) in cui la Suprema Corte ha negato l'esistenza nella Costituzione federale di un diritto al suicidio assistito (nei termini di omicidio del consenziente sulla base della *due process clause*).

²⁰⁸ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 5.

²⁰⁹ *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007), *cert denied*, 552 U.S. 1159 (2008).

²¹⁰ La decisione è commentata sull'*Harvard Law Review*, 121, 2008, 185 ss. Cfr. inoltre P.W. LESLEY, *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach: Access to Experimental Drugs: Is Access to Experimental Drugs a Fundamental Right When it Comes to the Treatment of the Terminally Ill?*, in *North Carolina Central University Science & Intellectual Property Law Review*, 10, 1, Art. 2, 2017, 27 ss.

La questione qualificatoria nella valutazione circa la sussistenza o meno di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito non è nuova all'esperienza della Corte suprema sol se si consideri la famigerata sentenza *Bowers v. Hardwick*²¹¹ ove il supremo giudice federale sancì l'inesistenza nella Costituzione di un "diritto alla sodomia" (e, sulla base di ciò, la legittimità delle leggi statali che sanzionavano i rapporti omosessuali) pur inquadrandosi la questione (come la stessa Corte diversi anni dopo chiarì nella sentenza *Lawrence v. Texas*²¹²) nella diversa determinazione circa la portata del diritto alla *privacy* secondo i canoni costituzionali.

Giacché tuttavia l'opinione di maggioranza è fondata sul *Glucksberg test*, con riguardo al primo dei due elementi richiesti (*rights* «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*»), essa ripercorre la storia costituzionale statunitense (e delle sue radici nella *Common law*) evidenziando come un diritto all'aborto in quanto tale non sia mai stato affermato prima della decisione *Roe* nel 1973 ed invero, si rinvenivano numerose indicazioni di norme e giurisprudenza che sanciscono un divieto di interruzione volontaria della gravidanza nelle fasi gestazionali successive al momento nel quale il bambino comincia a muoversi nel ventre materno (*quickering*). Sulla base dell'analisi storica la decisione conclude, pertanto, come non si possa affermare che il diritto all'aborto sia profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione statunitense. L'opinione della Corte si sofferma peraltro, in alcune riflessioni, sul fatto che la decisione *Roe*, nel ricostruire l'evoluzione storica del diritto all'aborto, richiama degli articoli di dottrina che negli anni sembra siano stati screditati²¹³ ed afferma, sulla base di tale circostanza, che la decisione del 1973 possa essere considerata fondata su valutazioni tecniche (in termini storici) inadeguate.

Esaurita l'analisi concernente il radicamento del diritto all'aborto nella storia e nelle tradizioni statunitensi, il giudice Alito analizza l'altro elemento considerato necessario affinché sia possibile enucleare diritti costituzionalmente garantiti dall'interpretazione del XIV Emendamento ovvero il fatto che questi siano impliciti in un concetto di "*ordered liberty*". Tale espressione che risale ad uno *standard* elaborato dal giudice Cardozo nella decisione *Palko v. Connecticut*²¹⁴, viene utilizzata nella parte della decisione nella quale il giudice Alito decostruisce il rapporto di connessione fra il diritto alla *privacy* e il diritto all'aborto. Difatti, come già evidenziato, tutto il ragionamento precedente non sarebbe sufficiente, ai fini di un *overruling*, in quanto sostenere semplicemente che il diritto all'aborto non è previsto nella Costituzione statunitense sembra essere argomentazione che richiama quanto già affermato in decisioni poi disconosciute come la *Bowers v. Hardwick*²¹⁵. La questione è ovviamente più complessa e attiene alla corretta interpretazione della portata del diritto alla *privacy* inteso come diritto che garantisce la libera autodeterminazione individuale.

²¹¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

²¹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²¹³ Cfr. ad esempio i contributi di Cyril C. Means: in particolare: C.C. MEANS, *The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality (pt. 1)*, in *New York Law Forum*, 14, 1968, 411 ss.; C.C. MEANS, *The Phoenix of Abortional Freedom: Is a Penumbra or Ninth-Amendment Right About to Arise from the Nineteenth Century Legislative Ashes of a Fourteenth Century Common Law Liberty?*, in *New York Law Forum*, 17, 1971, 335 ss.

²¹⁴ *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937). Il concetto di "*ordered liberty*" nella ricostruzione dei diritti impliciti nella protezione offerta dalla *due process clause* è richiamato nella giurisprudenza successiva della Suprema Corte. Cfr. ad esempio *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) at 721.

²¹⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

La decisione, in effetti, richiama espressamente il principio affermato in *Roe* per cui l'aborto è un diritto sotteso alla libera autodeterminazione individuale (garantito dall'*autonomy privacy*) e tuttavia tale diritto, pur delineato in questi ampi termini, non implica, secondo Alito, un'incondizionata libertà individuale in quanto la convivenza sociale necessita che la libertà individuale sia "ordered" ovvero limitata in un rapporto di bilanciamento con tutti gli altri diritti ed interessi che l'ordinamento è tenuto a garantire²¹⁶. La sentenza evidenzia come la decisione *Roe* si fondi su un'interpretazione del diritto all'autodeterminazione personale che, oltre a non essere condivisa da molti Stati, è troppo ampia ("too much"²¹⁷) e, in realtà, implicherebbe la necessità di sdoganare anche molti altri limiti (quali, ad esempio, droga e prostituzione)²¹⁸. L'opinione di maggioranza critica il ragionamento argomentativo di *Roe* in relazione al fatto che nella sentenza del 1973 vengono richiamate numerose decisioni concernenti la libertà di autodeterminazione individuale (*Loving v. Virginia*²¹⁹, *Turner v. Safley*²²⁰, *Griswold v. Connecticut*²²¹, *Eisenstadt v. Baird*²²²) ma non si tiene conto che in quei precedenti il diritto reclamato non si bilanciava con alcun interesse contrapposto di pari grado come invece evidentemente accade nel caso dell'aborto ove è necessario bilanciare la volontà di interrompere una gravidanza con la soppressione di un "unborn human being"²²³.

La decisione richiama il principio per il quale, nell'esperienza statunitense, il vincolo dello *stare decisis*, soprattutto nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, non è granitico; dopo aver elencato un corposo numero di decisioni che hanno rappresentato un *overruling*²²⁴ Alito procede ad analizzare le ragioni che giustificano un disconoscimento di un precedente vincolante riprendendo, come già evidenziato, lo schema già utilizzato nella decisione *Janus* del 2018.

L'opinione di maggioranza sottolinea come sussistano diverse ragioni in grado di giustificare il riconoscimento o il divieto del diritto all'aborto e che, in assenza di un vincolo costituzionale, tale scelta deve essere affidata al processo democratico maggioritario. La decisione *Roe* è quindi stigmatizzata come una forma di usurpazione di potere del popolo da parte della Corte suprema enucleando erroneamente un diritto costituzionale "inesistente" che ha sottratto una decisione valoriale al processo democratico. La sentenza, peraltro, si sofferma ad evidenziare come la decisione *Roe*, nel disegnare la suddivisione in trimestri e le regole connesse a tale tipologia tempistica, stabilisce delle regole che sono comparabili a quelle proprie di un legislatore piuttosto che di una Corte, manifestando in tal modo l'esuberanza della decisione del 1973 rispetto a quanto normalmente un giudice dovrebbe limitarsi a fare nel rispetto delle sue funzioni²²⁵. Altro elemento che contribuisce a giustificare un over-

²¹⁶ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 30 ss.

²¹⁷ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹⁸ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹⁹ *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²²⁰ *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

²²¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²²² *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

²²³ Cfr. *Alito's Draft*, 32.

²²⁴ Sono in particolare evidenziate emblematicamente le decisioni *Brown v Board of Education*, 347 US 483 (1954), *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937) e *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

²²⁵ «The scheme *Roe* produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body», sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 49. È interessante osservare che

ruling per il caso *Roe* è la fragilità dell'argomentazione che sorregge quella decisione evidenziata in tutta la prima parte dell'opinione di maggioranza.

I giudici sottoscrittori contestano il concetto di *viability* sottolineando il fatto che si tratti di un concetto ancorato all'evoluzione scientifica (e, in effetti, anche alle capacità di assistenza medica di cui una gestante dispone in un determinato momento) ed evidenziando che il medesimo concetto non possa essere utilizzato come elemento stabile cui ancorare, legislativamente, la possibilità di garantire un diritto o negarlo. L'irrazionalità del considerare la *viability* come il momento spartiacque cui collegare o meno il diritto all'aborto è, secondo l'opinione di maggioranza, evidenziato dal fatto che, nell'esperienza comparata, solo i Paesi Bassi (oltre agli Stati Uniti) fanno uso di tale concetto per definire il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza²²⁶.

La sentenza pone in evidenza le profonde critiche mosse alla decisione *Roe* dalla dottrina giuridica dell'epoca (e successiva) sottolineando anche l'alto tasso di contenzioso che ha interessato tale precedente giurisprudenziale e sottolinea che la successiva decisione *Casey*, pur riconoscendo la debolezza argomentativa di *Roe*, ne conferma l'*holding* essenziale nel rispetto di un principio del vincolo del precedente giurisprudenziale malinteso nei suoi profondi significati²²⁷.

In relazione al parametro del *Workability*, la decisione di maggioranza contesta i precedenti in tema di aborto con riguardo in particolare al caso *Casey* evidenziando come la regola del *undue burden test* sia vaga e di difficile applicazione nella pratica concreta. Ciò in quanto un ostacolo all'interruzione volontaria della gravidanza può essere considerato da una gestante più o meno intenso e gravoso a seconda delle circostanze specifiche (in termini culturali, sociali, economici ecc) nelle quali la stessa si trova²²⁸. La sentenza sottolinea inoltre che l'ambiguità dell'*undue burden test* si evidenzia nella scarsa coerenza della giurisprudenza (di ogni grado) che ne ha tentato, nel corso del tempo, l'applicazione²²⁹.

La decisione afferma poi che nella giurisprudenza connessa al diritto all'aborto, negli anni, la Corte suprema ha disconosciuto alcune regole processuali ed interpretative cui, al di fuori del tema dell'interruzione volontaria della gravidanza, non ha mai smesso di attenersi (ad esempio, il divieto di accesso alla Corte di parti terze non titolari direttamente di un diritto fondamentale²³⁰ o il principio

un'accusa simile sia stata mossa qualche anno fa, sul medesimo tema del diritto all'aborto, al Tribunale Costituzionale federale. Ci si riferisce alla decisione BVerfG, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, e 2 BvF 5/92 del 28 maggio 1993 su cui M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

²²⁶ L'argomento comparativo si ritrova anche nella *dissenting opinion* alla decisione *Dobbs*, ove i giudici dissenzienti evidenziano come l'aborto sia un diritto garantito nella quasi totalità dei Paesi democratici occidentali (cfr. DOBBS, *Beyer dissenting opinion*, 42 ss.)

²²⁷ sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 54-55.

²²⁸ sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 56-59.

²²⁹ Su tale aspetto i giudici dissenzienti evidenziano invece che l'*undue burden test* è uno *standard* di applicazione flessibile utilizzato anche nel sindacato sul *free speech* o sul diritto di voto ed è tipico nei percorsi di valutazione di legittimità costituzionale dei diritti fondamentali incompressibili. Cfr. DOBBS, *Beyer dissenting opinion*, 33.

²³⁰ Il *third party standing*, generalmente vietato, è consentito con riguardo alle cliniche che effettuano aborti in relazione al relativo diritto. Cfr. *supra* nota 131.

della separabilità delle previsioni costituzionali²³¹) ovvero ha consentito un impatto restrittivo su altre dottrine di rango costituzionale quali, ad esempio, la libertà di espressione²³².

Con riguardo al principio per il quale, prima di effettuare un *overruling*, la Corte deve valutare se il cambiamento giurisprudenziale può avere un impatto su aspettative sociali od economiche, individuali o collettive talmente radicate da essere percepito come una lesione nella tutela dei diritti fondamentali individuali o un'alterazione del sistema dei poteri (*Reliance*) l'opinione di maggioranza contesta il concetto di *Reliance* elaborato in *Casey*²³³ giudicandolo poco aderente a parametri strettamente giuridici e dunque effettivamente valutabili in sede giurisdizionale²³⁴ conducendo ancora una volta la Corte a esondare nella discrezionalità che è tipica del legislatore.

Il parametro della *Reliance* è rispettato, inoltre, secondo Alito, anche in relazione al possibile rischio (paventato dal *solicitor general*) che l'*overruling* di *Roe* e *Casey* possa minacciare la tenuta di molti altri diritti riconducibili ad un'interpretazione ampia del XIV emendamento. Tale ipotesi, secondo Alito, non sussiste in quanto l'aborto presenta caratteristiche uniche molto diverse rispetto ai diritti cui tale obiezione fa riferimento (libertà di orientamento sessuale, riconoscimento di coppie di fatto ecc) in quanto è l'unico nel quale un diritto si bilancia in senso del tutto alternativo con un altro diritto (l'aspettativa di nascere dell'*unborn child*)²³⁵.

Infine la decisione di maggioranza considera la questione, posta sin dalla decisione *Casey*, concernente la preoccupazione che un *overruling* di tale portata possa minare la tenuta della legittimità della Corte. Tuttavia, secondo Alito, posto che la Corte non deve assumere le proprie decisioni sulla base

²³¹ La sentenza si riferisce a quanto già affermato nel proprio *dissent* dallo stesso giudice Alito nella decisione *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ____ (2016), Docket n. 15-274, Alito *dissent* at 10 in cui il giudice affermava «the Court's treatment of H. B. 2's "severability clause." When part of a statute is held to be unconstitutional, the question arises whether other parts of the statute must also go. If a statute says that provisions found to be unconstitutional can be severed from the rest of the statute, the valid provisions are allowed to stand. H. B. 2 contains what must surely be the most emphatic severability clause ever written. This clause says that every single word of the statute and every possible application of its provisions is severable. But despite this language, the Court holds that no part of the challenged provisions and no application of any part of them can be saved. Provisions that are indisputably constitutional—for example, provisions that require facilities performing abortions to follow basic fire safety measures—are stricken from the books. There is no possible justification for this collateral damage».

²³² La decisione di maggioranza richiama il *dissent* di Scalia nella decisione *Hill v. Colorado*, 530 US 703 (2000) nella quale la maggioranza della Corte ha sancito la legittimità costituzionale di uno *Statute* del Colorado che vietava in prossimità di strutture sanitarie di avvicinarsi fisicamente ad altre persone a meno di 8 piedi per finalità legate alla manifestazione del pensiero (per passare volantini o mostrare cartelli). Il caso era legato alle manifestazioni anti abortiste svolte vicino alle relative cliniche e la Corte considerò che la normativa dell'Oregon non restringeva il *free speech* ma regolamentava le modalità di espressione del pensiero in relazione ai luoghi nei quali esso si svolge e pertanto era legittimo.

²³³ «For two decades of economic and social developments, people have organized intimate relationships and made choices that define their views of themselves and their places in society, in reliance on the availability of abortion in the event that contraception should fail. The ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive lives. The Constitution serves human values, and while the effect of reliance on *Roe* cannot be exactly measured, neither can the certain cost of overruling *Roe* for people who have ordered their thinking and living around that case be dismissed», *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US at 856.

²³⁴ Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 66.

²³⁵ sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 67.

della pressione e delle aspettative sociali ma solo sulla base dell'interpretazione dei valori costituzionali, essa, allo stesso modo, non deve impedirsi di valutare un *overruling* in considerazione di tali medesime circostanze in quanto la reazione (immediata) dell'opinione pubblica non rappresenta necessariamente il metro di misura della correttezza di una decisione.

Sulla base di tutte queste considerazioni i precedenti *Roe* e *Casey* sono dichiarati *overruled* e la Corte stabilisce che le normative statali che impongono un divieto o una qualunque normazione concernente l'aborto vanno valutate secondo il *rational based standard of review*; giacché l'aborto, infatti non è un diritto costituzionalmente garantito le normative che lo restringono godono di una "*strong presumption of validity*" e, per essere legittime, devono essere razionali e per il perseguimento di un legittimo interesse statale²³⁶.

Sulla base di tale rinnovato *standard* di valutazione il *Mississippi's Gestational Age Act* è considerato legittimo costituzionalmente.

La decisione è corredata da una lunga appendice ove si elencano le normative statali precedenti al caso *Roe* che ponevano un divieto alla pratica abortiva.

Gli esponenti politici critici rispetto alla decisione (compreso il Presidente Biden il quale due ore dopo la pubblicazione della sentenza ha parlato alla Nazione) hanno immediatamente denunciato il rischio che una tale sentenza possa rappresentare lo spiraglio attraverso il quale, nel tempo, potranno passare ulteriori restrizioni a diversi altri diritti. Se, infatti, la stessa opinione di maggioranza sembra esplicitamente far salvi i diritti autodeterminativi concernenti l'orientamento sessuale, altrettanto non sembra potersi dire con riguardo ad alcuni diritti riproduttivi a partire da determinate forme di contraccezione (la pillola del giorno dopo *in primis*, ma anche una semplice spirale), le quali essendo pensate per impedire una gravidanza in un momento successivo alla fecondazione²³⁷ potrebbero incorrere, in futuro, in generalizzati divieti a livello statale. Per ragioni simili non è possibile sottovalutare le preoccupazioni riguardanti la minaccia che tale innovativa giurisprudenza potrebbe rappresentare per i diritti riproduttivi collegati alla fecondazione in vitro (IVF) ponendosi non pochi problemi riguardanti l'eventuale mancato impianto di tutti gli ovuli fecondati durante una IVF (cosa che avviene nella maggior parte dei casi) e la loro conservazione, donazione o distruzione.

L'effetto immediato della decisione *Dobbs* è, allo stato attuale, la rimessione di ogni decisione ai singoli Stati i quali sono attualmente liberi di vietare o consentire l'interruzione della gravidanza. Tuttavia, il tema non sembra essere esaurito in tale conseguenza. La decisione sembra infatti aprire alla tematica dei diritti dell'*unborn child* (che nella decisione è più volte definito, a richiamo della legge del Mississippi, "*unborn human being*") e dunque, virtualmente, potrebbe essere la base sulla quale, in futuro, una Corte potrebbe ipotizzare delle forme di vincolo costituzionale (in termini di divieto) di pratiche abortive (consentite a livello statale). Si potrebbe dunque arrivare, paradossalmente, all'inversione completa dell'interpretazione costituzionale per cui da una Costituzione nella cui penombra si è rintracciato per decenni il diritto entro certi limiti all'interruzione della gravidanza si finisca per approdare ad una Costituzione che pone dei divieti a tale pratica medica. La sentenza, tuttavia, allo stato attuale non si spinge a tanto.

²³⁶ Sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 77.

²³⁷ Tali forme contraccettive infatti agiscono impedendo all'ovulo fecondato di impiantarsi nell'utero materno.



Rimangono inoltre aperte ulteriori questioni fra cui se il Congresso federale, sulla base di titoli competenziali quali la *Commerce clause* o lo *Spending power* possa adottare normative legittime in tale ambito. Su tale argomento la Corte non si è mai espressa esplicitamente: difatti, pur essendosi pronunciata sulla legittimità del *Partial Abortion Ban Act* del 2003, non può escludersi che la Corte possa comunque considerare delle normative del Congresso illegittime (in quanto non sorrette da adeguata competenza) quando finalizzate a garantire il diritto all'aborto piuttosto che vietarne alcune tipologie.

Resta inoltre da valutare la stessa portata della competenza statale tanto con riguardo al ruolo della gerarchia delle fonti negli Stati (ovvero la necessità o meno, per gli Stati, di adottare degli emendamenti costituzionali espliciti a garanzia o a condanna dell'aborto) tanto con riguardo ai possibili problemi interstatali che potrebbero porsi a fronte del probabile turismo e commercio sanitario (a finalità abortiva) che inevitabilmente fioriranno.

10. Le implicazioni della decisione *Dobbs* nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh

Alcuni dei temi lasciati aperti dalla decisione *Dobbs* vengono affrontati dal giudice Kavanaugh il quale esordisce, nella sua opinione concorrente, sottolineando di voler avanzare delle osservazioni che riguardano le implicazioni future della sentenza adottata dalla maggioranza.

Il giudice Kavanaugh aderisce alla decisione di maggioranza con riguardo all'*overruling* di *Roe* sulla base della convinzione per cui si tratti di una decisione errata sin dalla sua adozione oltre che mal argomentata. Sottolinea inoltre, più volte, che in merito al tema dell'aborto la Costituzione federale nulla dice e pertanto va considerata neutrale.

In modo quasi paradossale il giudice richiama dunque la "neutralità" costituzionale, un concetto utilizzato in un altro importantissimo *overruling* della Suprema Corte, la *Brown v. Board of Education I*, che definendo la Costituzione statunitense "*colorblind*" prendeva le distanze dalle differenze normative basate sul colore della pelle. Si trattava in quel caso, tuttavia, di un ben diverso concetto di neutralità costituzionale in quanto esso era diretto non, come nel caso odierno, a "tirare fuori" la Costituzione (e dunque la Corte) dalla questione politica, quanto invece a disinnescare le discriminazioni razziali ed infatti non impediva alla medesima Corte suprema, nella decisione *Brown II*²³⁸, di pronunciarsi sulla necessaria attività di desegregazione che gli Stati dovevano attuare per porre rimedio alla condizione di subordinazione in cui vivevano all'epoca le persone di colore.

Dalla lettura della sua opinione emerge la sensazione che il giudice Kavanaugh si sia in qualche modo accollato un ruolo quasi dialogante con la società civile che ha interloquuto con la Corte in occasione del caso *Dobbs* considerando che sono numerosi gli *amici curie* (soprattutto quelli che erano stati depositati con l'intento di salvare il precedente *Roe* e garantire il diritto all'aborto) cui fa riferimento. Anch'egli, come la maggioranza, ritiene che il tema debba essere "restituito" alle decisioni proprie del processo politico maggioritario e, tuttavia, a differenza della maggioranza, esplicita il dato per cui tale processo possa essere tanto statale quanto posto in essere ad opera del Congresso federale.

Il fatto che la sua sia un'indicazione "solitaria" suggerisce qualche riflessione sulla possibilità che la Corte, in futuro, consideri o meno legittimo un intervento legislativo federale in tale ambito: difatti,

²³⁸ *Brown v. Board of Education II*, 349 US 294 (1955).

la riflessione è introdotta in una *concurring* a latere della decisione di maggioranza e suggerisce che fra i giudici che attribuiscono il potere decisionale in tema di diritto (o divieto) di aborto al processo democratico maggioritario verosimilmente non vi sia accordo sul livello di governo competente ad intervenire; probabilmente, a fronte di quanto ritenuto dal giudice Kavanaugh circa la possibile competenza federale è ipotizzabile, invece, una resistenza su tale punto del resto della maggioranza della Corte che dunque, forse, considera non solo che il tema etico dell'interruzione della gravidanza appartiene alla democrazia maggioritaria ma ritiene, altresì, che vada affidato ai plurimi processi democratici maggioritari statali e non al Congresso federale.

L'argomentazione di Kavanaugh, collegata alla neutralità della Costituzione federale sul tema dell'aborto consente al giudice di andare oltre quanto affermato dalla maggioranza. Quest'ultima sostiene, nella decisione vergata da Alito, che nella Costituzione federale statunitense non si rintraccia un diritto all'aborto ma nel fare questo, nella parte motiva, ricostruisce ciò che "nella storia e nella tradizione nazionale statunitense è profondamente radicato" in tema di interruzione volontaria della gravidanza e lascia trapelare la sussistenza di una generalizzata avversione all'aborto nelle esperienze statali precedenti al caso *Roe* (la stessa appendice alla decisione Alito né vorrebbe essere, del resto, una plastica conferma). Tale approccio argomentativo sollecita inevitabilmente il dubbio che nella interpretazione costituzionale si possa in teoria rintracciare un inverso divieto di aborto a tutela dell'"*unborn human being*" i cui diritti sono considerati in diretto rapporto di bilanciamento con i diritti materni. È da tali conclusioni che prende le distanze Kavanaugh quando sostiene che invece, a suo parere, la sentenza *Dobbs* non comporta in alcun modo un'interpretazione costituzionale che possa condurre ad un futuro generalizzato divieto dell'aborto. Tuttavia, la sua affermazione, tanto più in quanto "solitaria", conferma la sussistenza di questo dubbio più che fugarlo.

Infine, l'opinione concorrente risulta interessante in relazione al fatto che prende in considerazione, esplicitamente, le possibili problematiche interstatali che potrebbero sorgere in conseguenza della frammentazione normativa che inevitabilmente la decisione *Dobbs* innescherà fra Stati che consentono e Stati che vietano l'aborto suggerendo che la Costituzione statunitense sarebbe dotata di sufficienti antidoti al caos normativo pluristatale.

Anche su questo resta qualche perplessità. Il passato insegna che la frammentazione normativa in tema di garanzie dei diritti (ciò è accaduto in tema di divorzio, riconoscimento delle coppie di fatto e adozione) ha spesso innescato una certa conflittualità interstatale²³⁹ cui frequentemente è seguita, la progressiva acquisita consapevolezza della necessità di approdare a scelte condivise a livello nazionale a meno di rinunciare a considerarsi una comunità piuttosto che la mera somma di diverse collettività. A fronte di tali esperienze il semplice richiamo al *right to interstate travel* sembra piuttosto fragile quale unico scudo alle molteplici possibilità di conflitto interstatale che potrebbero sorgere all'indomani della decisione *Dobbs*.

²³⁹ Sul punto si rinvia a L. FABIANO, *Riflessioni sulla circolazione interna della giurisprudenza statunitense: La Full Faith and Credit Clause della Costituzione federale*, cit., in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 316 ss.; ID., *L'uso distorto della Full Faith and Credit Clause federale nell'adozione del Defense of Marriage Act del 1996: da clausola unificante a strumento di ghettizzazione*, cit.

11. I compromessi possibili nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts

L'opinione concorrente del Chief Justice Roberts sul caso *Dobbs* era certamente molto attesa sin dalla pubblicazione del *draft* di Alito il 2 maggio 2022. Fra le indiscrezioni circolate nell'opinione pubblica vi era infatti la notizia, sostenuta dalla pregressa giurisprudenza personale di Roberts, per la quale il Presidente della Corte, pur aderendo all'idea che i precedenti in tema di aborto fossero fragili e mal argomentati, avrebbe elaborato una soluzione moderata e compromissoria nell'estremo tentativo di sanzionare ciò che nella giurisprudenza precedente non risulta più difendibile e, tuttavia, salvaguardare il percorso compiuto dalla medesima giurisprudenza a partire dagli anni Settanta sino ad oggi.

L'opinione concorrente di Roberts non ha in effetti tradito queste aspettative.

La prima riflessione avanzata dal Chief Justice attiene alla necessità che fra la pronuncia e il ricorso vi sia un rapporto di stretta interdipendenza e che dunque, nel caso di specie, la Corte avrebbe dovuto limitare la propria decisione a quanto necessario per risolvere il caso senza rimettere in discussione l'intero impianto giurisprudenziale precedente.

Sulla base di tale riflessione iniziale il giudice Roberts sostiene che, del deciso *Roe*, vi sia un aspetto da preservare (attinente alla definizione del diritto costituzionale da garantire) ovvero il diritto autodeterminativo della donna di poter decidere sulla propria facoltà riproduttiva ed un aspetto da ripudiare (attinente alle modalità attraverso cui la Corte del 1973 ha ritenuto di garantire il detto diritto) ovvero il concetto di "*viability*" (e le sue conseguenze normative).

La critica mossa dal giudice Roberts al concetto di *viability* si ancora in modo interessante all'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema in particolare considerando l'importanza della decisione *Gonzales* del 2007 ove viene affermata con chiarezza l'idea che il feto sia, a prescindere dal momento della vitalità, "un organismo vivente nel grembo materno"²⁴⁰ da cui discende la necessità di tutelare i diritti della vita prenatale. È tale giurisprudenza, secondo Roberts, a dover fungere da nuovo spartiacque per valutare la legittimità di normative che consentono l'aborto entro e non oltre determinati periodi gestazionali da valutarsi, dunque, non più in relazione al concetto "rigido" di *viability*, ma secondo una canone di ragionevole bilanciamento di valori contrapposti ove la garanzia del diritto all'aborto deve comprimersi, per quanto possibile, a vantaggio dei diritti prenatali del feto senza tuttavia finire per essere rinnegato del tutto. Nell'opinione di Roberts, dunque, l'*overruling* operato dalla maggioranza è eccessivo in quanto sarebbe bastato disconoscere esclusivamente il concetto di *viability* per risolvere la questione ricollocando il diritto all'aborto in coordinate più equilibrate. L'*opinion* di Roberts opera quell'analisi, in termini di qualificazione della questione, che la maggioranza della Corte sembra invece evitare di voler fare, ovvero si propone di valutare ciò che costituisce effettivamente precedente sulla base delle decisioni *Roe* e *Casey* sostenendo che l'elemento fondamentale che tali casi garantiscono è rintracciabile esclusivamente nell'attribuzione alla donna della possibilità di assumere in qualche modo una decisione autodeterminativa sul suo stato di gravidanza. Tale concetto può essere, secondo Roberts assolutamente distinto dai concetti "tecnici" elaborati in *Roe* (e confermati in *Casey*) riguardanti il momento a partire dal quale tale scelta autodeterminativa non è più possibile. Roberts ritiene, dunque, che è corretto restituire agli Stati un mag-

²⁴⁰ *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb».

giore margine di manovra circa la disciplina del diritto all'aborto ma questo può essere fatto senza travolgere del tutto la sussistenza stessa di questo diritto.

L'opinione di maggioranza obietta a quanto proposto da Roberts ed a quella che viene tacciata come una "nuova regola" sulla base della quale il diritto all'aborto dovrebbe essere garantito entro termini di "ragionevole opportunità"²⁴¹. La maggioranza, sulla base dell'osservazione, formulata peraltro dallo stesso Roberts (in una decisione del 2010) per cui «*stare decisis is "a doctrine of preservation, not transformation"*»²⁴², si rivela duramente critica nei confronti delle valutazioni del *Chief justice* ritenendo che le sue proposte finiscano per essere quanto di più lontano dal rispetto del principio del precedente vincolante.

Proprio su tale tema l'opinione concorrente del *Chief Justice* avanza un'ulteriore osservazione che sembra particolarmente significativa. Nel valutare l'opportunità la Corte suprema di adottare un *overruling* Roberts richiama il criterio del rispetto dei *reliance interests* e riprende in considerazione i tre grandi *overrulings* citati dalla maggioranza come esempio di circostanze in occasione delle quali la Corte ha giustamente ripudiato un precedente errato: *Brown v. Board of Education*, *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, and *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Nel tracciare le differenze fra il caso odierno e tali decisioni Roberts sottolinea che in *Brown* la Corte era unanime e dunque non segnata, come attualmente, da profonde fratture. Tale osservazione è ripresa, nella *dissenting opinion* dai giudici Breyer, Kagan e Sotomayor i quali ipotizzano (condividendola) una sottesa convinzione di Roberts per cui i momenti di conflitto ideologico non sono quelli opportuni nei quali procedere a grandi cambiamenti e sono invece le fasi nel corso delle quali il vincolo del precedente garantisce la *rule of law* e la fiducia nel sistema giudiziario²⁴³. In *Barnette* l'*overruling* interveniva solo tre anni dopo il caso *Minersville School District v. Gobitis*²⁴⁴ e correggeva una giurisprudenza che nell'opinione di alcuni degli stessi giudici che l'avevano adottata²⁴⁵ era scorretta: si tratta dunque di un "precedente" di *overruling* imparagonabile al caso odierno segnato da numerose decisioni confermate. Infine, la decisione *Parrish* inaugurava un'innovativa giurisprudenza della Corte e dava inizio a numerosi altri *overrulings* in linea con tale nuovo *trends* interpretativo. Roberts sottolinea, con riguardo a tale ultima vicenda giurisdizionale, come la stessa maggioranza sottolinei più volte il fatto che la decisione *Dobbs* non sia finalizzata ad inaugurare una nuova versione dell'interpretazione costituzionale statunitense dei diritti civili²⁴⁶ e tuttavia, proprio la sua osservazione sul caso *Barnette*, lascia trapelare, in ipotesi, una certa preoccupazione in tal senso e getta una luce sull'intenso dibattito che deve aver caratterizzato la decisione in sede di discussione presso la *supreme Court*.

²⁴¹ Sent. *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 80-84.

²⁴² *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310, 384 (2010) (Roberts, C. J., concurring).

²⁴³ *Dobb's Breyer Dissenting opinion*, 46 ss.

²⁴⁴ *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

²⁴⁵ Cambiarono opinione, in particolare i giudici, Black, Douglas e Murphy. Rimasero sulle posizioni precedenti i giudici Roberts, Reed e Frankfurter. Il giudice Stone era già dissenziente nella decisione *Gobitis* e Huges e Mc Reynolds erano stati sostituiti da Jackson e Rutledges.

²⁴⁶ Sul punto non è possibile non richiamare le tesi sui cicli costituzionali a testo invariato di B. ACKERMANN, *We the People. Foundation, Harvard University Press*, 1993.

12. L'aspra denuncia del sovvertimento della Costituzione nella *dissenting opinion* dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor

L'opinione dissenziente, scritta dal giudice Breyer e condivisa dai giudici Sotomayor e Kagan si rivela, in diversi aspetti, in sintonia con l'opinione concorrente del *Chief Justice* Roberts condividendone (in maniera certamente meno velata) dubbi e timori.

Essa può essere considerata come un manifesto di veemente protesta nei confronti di una decisione che secondo i giudici sottoscrittori prelude (o forse, più propriamente, si inserisce) ad un percorso di sovversione delle conquiste, in termini di diritti, compiute anche grazie agli sforzi della Corte suprema, a partire dagli anni sessanta.

Difatti, i giudici dissenzienti, oltre a sottolineare con energia il tema della estrema frammentazione e litigiosità interstatale cui l'opinione di maggioranza potrà dare la stura, pone in grande evidenza l'elemento che nell'intera opinione di maggioranza viene trattato con scarsa considerazione e che, invece, (come già sottolineato dal giudice Roberts), rappresenta la lente fondamentale attraverso cui guardare al senso del diritto all'aborto nella Costituzione federale statunitense. L'interruzione della gravidanza, difatti, non viene riconosciuta nel 1973 come un diritto in sé, ma come un diritto collegato all'autodeterminazione individuale e femminile. Esso si inserisce in un percorso giurisprudenziale che affonda le sue radici nelle decisioni che hanno nel tempo garantito il diritto al matrimonio²⁴⁷ e all'educazione dei figli secondo le proprie convinzioni²⁴⁸ e che, in particolare, a partire dal caso *Skinner*²⁴⁹ passando dalla decisione *Griswold*²⁵⁰, definisce la libertà riproduttiva quale diritto fondamentale. Se decisioni individuali concernenti la libertà riproduttiva sono da considerarsi parte essenziale di quella *autonomy privacy* che vive garantita nella *penumbra* del XIV emendamento lo è anche il diritto di una donna di abortire (entro certi limiti) e negare del tutto questo diritto significa porre il genere femminile in una condizione di soggezione ed ineguaglianza.

Sulla base dell'intimo legame sussistente fra autodeterminazione ed aborto i giudici dissenzienti considerano che una decisione come quella adottata dalla maggioranza non può pretendere, nonostante le rassicurazioni, di proporsi come isolata in quanto è evidente che essa apre ad una riconsiderazione, per intero, di tutti i diritti garantiti sulla base del riconoscimento dell'*autonomy privacy* e dunque sono da considerarsi a rischio riproduzione, contraccezione ma anche libertà di orientamento sessuale ecc.

L'opinione dissenziente mette in dubbio la "terzietà" ideologica della maggioranza ed esplicita il timore che l'attuale Corte suprema sia un inadeguato interprete di quella funzione contromaggioritaria che gli garantisce legittimazione ponendo in luce il fatto che lo *stare decisis* quale garanzia del Ru-

²⁴⁷ Da *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) sui matrimoni interraziali; *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78 (1987) sui matrimoni delle persone poste in stato di detenzione; fino alla decisione *Obergefell*, 576 U. S. 644 sui matrimoni omosessuali.

²⁴⁸ Cfr la già citata decisione *West Virginia Board of Education v. Barnette* ed il caso *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645, (1972) sui diritti genitoriali dei padri non sposati.

²⁴⁹ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535 (1942), Vedi *supra* nota 17.

²⁵⁰ Vedi *supra* paragrafo 2. Cfr. anche *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (sul diritto alla contraccezione delle persone non sposate); *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977) (sulla legalità dell'informazione sulla contraccezione).

le of Law è principio particolarmente importante nelle fasi di contrasto politico acceso e polarizzato a tutela della stabilità dell'ordinamento giuridico, delle sue istituzioni e della fiducia nelle stesse²⁵¹.

Aspra è inoltre la critica mossa all'originalismo di cui è intrisa l'opinione di maggioranza²⁵².

L'opinione dissenziente sottolinea la necessità di abbandonare un'interpretazione originalista a favore di un approccio evolutivo all'esegesi della Costituzione a partire dalla considerazione per cui l'espressione "*We the People*" collegata a coloro che hanno ratificato il documento costituzionale nel 1868 (ed il XIV emendamento nel 1788) è nel tempo profondamente mutata²⁵³: non sorprende che l'evoluzione del tessuto sociale del Paese, non meramente riferita all'evoluzione dei costumi, ma ancor prima, connessa alla progressiva integrazione sociale e politica femminile, conduca alla necessità assoluta di non limitare l'attività esegetica alla volontà dei costituenti; essi non sono, ad oggi, più rappresentativi della Comunità nazionale mentre è la Costituzione a rimanere rappresentativa del compromesso fondamentale in quanto, nel tempo, ogni volta "ricondivisa" dalla mutata società nel corso delle sue numerose evoluzioni.

Nell'opinione di maggioranza il giudice Alito non manca di introdurre qualche riflessione riguardante le osservazioni avanzate nell'opinione dissenziente²⁵⁴.

Il relatore per la Corte, sembra non tenere conto per nulla della contestualizzazione del diritto all'aborto nel concetto di autodeterminazione individuale (e dei necessari limiti che ne conseguono nella disciplina sul rapporto "libertà/autorità") descritta dai giudici dissenzienti e sostiene che il dissenso non riesca a giustificare il fondamento del diritto all'aborto nella storia e nella tradizione giuridica della Nazione. Alito critica inoltre l'idea "evolutiva" della tradizione costituzionale avanzata nell'opinione dissenziente sostenendo che tale approccio interpretativo favorisce un potere incondizionato dell'autorità giurisdizionale nella sua attività esegetica che finisce per condurlo oltre le sue funzioni costituzionali²⁵⁵.

L'opinione di maggioranza stigmatizza inoltre il tentativo dell'opinione dissenziente di contestare la decisione *Dobbs* sulla base del rispetto del principio dello *stare decisis*. Anche in relazione a tale aspetto si scontrano evidentemente le concezioni originaliste e testualiste dei giudici conservatori con l'approccio evolutivo che connota la giurisprudenza dei giudici *liberal*. Alito contesta ai giudici dissenzienti l'opinione per cui la giurisprudenza sia parte integrante di tale evoluzione in quanto questo presupposto attribuirebbe al giudiziario un enorme potere manipolativo nell'interpretazione costituzionale concretizzando le problematiche con le quali i giudici testualisti ed originalisti si sono da sempre confrontati in relazione al rispetto del precedente vincolante²⁵⁶.

²⁵¹ Breyer *dissenting*, 55 ss.

²⁵² Breyer *dissenting*, 12 ss.

²⁵³ Breyer *dissenting*, 14: «We referred there to the "people" who ratified the Fourteenth Amendment: What rights did those "people" have in their heads at the time? But, of course, "people" did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did».

²⁵⁴ 43-46 e 77-80 dell'*Opinion of the Court*.

²⁵⁵ 44 *Dobbs*, *Opinion of the Court*.

²⁵⁶ Sul punto è illuminante A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, 1997: «The demand that originalists alone 'be true to their lights' and forswear *stare decisis* is essentially a demand that they alone render their methodology so disruptive of the established state of things that it will be useful only as an academic exercise and not as a workable prescription for judicial governance[...]. [S]tare decisis is not part of my originalist philosophy; it is a pragmatic exception to it."). Of course, there are some decisions, such as

Infine, l'opinione di maggioranza contesta, nell'opinione dissenziente, il fatto che essa non dia alcun peso ai diritti della vita prenatale (confermando il peso che la decisione *Doobs* presumibilmente avrà nella futura evoluzione normativa e giurisprudenziale concernente tali temi nell'esperienza statunitense) e contesta il tentativo dei giudici dissenzienti di stabilire un momento (nel corso della gravidanza) a partire dal quale ciò che è consentito può essere vietato (tentativo che, in realtà, i giudici dissenzienti non sembrano fare, dato che l'opinione dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor si concentra moltissimo sul rapporto fra aborto e determinazione individuale piuttosto che sul concetto di diritto all'aborto di per sé).

13. La *concurring opinion* del giudice Clarence Thomas: il ripudio del *substantive due process* e la crisi della funzione contromaggioritaria della Corte suprema

I timori ventilati (o esplicitamente espressi) nella *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts e nella *dissenting opinion* di Breyer trovano ragione di proporsi se si considera la grave posizione assunta dal giudice Clarence Thomas nella sua opinione concorrente particolarmente estremista.

Il giudice concorda con la maggioranza sull'opportunità di ripudiare i precedenti *Roe* e *Casey* ritenendo che non esista nella Costituzione federale alcuna garanzia costituzionale all'aborto. Tuttavia, la dirompenza del parere, dai caratteri tipici del conservatorismo reazionario non estraneo alla pregressa giurisprudenza di Thomas²⁵⁷, è collegata al fatto che esso è incentrato su una questione ben più ampia in quanto aggredisce con convinzione l'intera teoria concernente i diritti impliciti enucleabili dalla lettura del XIV emendamento attraverso la clausola del *due process* interpretata in senso sostanziale²⁵⁸.

Il dissenso di Thomas mettendo in discussione l'interpretazione di una delle principali clausole della Costituzione federale, investe per intero la portata del ruolo della Corte Suprema statunitense (e del giudiziario in generale) ed in un certo senso risulta illuminante dell'estrema polarizzazione assunta da una certa area del conservatorismo statunitense la quale trova attualmente sfogo anche su alcuni scranni della suprema Corte.

Brown v. Board of Education—which held that a state, in segregating its public school systems by race, violated the Fourteenth Amendment—that are widely accepted as precedent despite some debate over whether they comport with the original meaning of the Constitution», 139-140.

²⁵⁷ H.M. HOLZER, *The Supreme Court Opinions of Clarence Thomas, 1991 — 2006: A Conservative's Perspective*, Jefferson (N.C.), 2007.

²⁵⁸ La clausola del *Due process* racchiude, in un'unica espressione, due garanzie poste a presidio dei diritti e delle libertà individuali corrispondenti ai due modi attraverso cui il controllo di legittimità di una normativa può essere esercitato da parte del giudiziario: esso, difatti, può incentrarsi sulla correttezza procedurale dell'adozione di un atto pubblico (onde stabilire se sono state rispettate le procedure previste dalla Costituzione per l'adozione di quello specifico atto)²⁵⁸ ma può anche andare oltre il semplice controllo procedurale investendo la compatibilità dei contenuti di un atto con quanto stabilito in Costituzione sulla base dell'implicito assunto che esistono delle scelte normative che il detentore del potere politico maggioritario non può assumere (se non in determinate forme "super maggioritarie"). Sulla possibilità ipotetica che negli Stati Uniti la Corte suprema dichiari l'illegittimità di un emendamento costituzionale in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione si rimanda a L.H. TRIBE, *A Constitution we are Amending: in Defense of Restrained Judicial Role*, in *Harvard Law Review*, 97, 1983, 433 ss. e W.F. MURPHY, *An Ordering of Constitutional Values*, in *Southern California Law Review*, 53, 1980, 753 ss.

La portata del dissenso di Thomas può essere correttamente compresa solo ripercorrendo brevemente la giurisprudenza costituzionale statunitense in tema di esegesi della *Due process clause* (intesa in senso *substantial*) al fine di evidenziarne il legame con l'evoluzione del ruolo del massimo organo del giudiziario nel sistema federale²⁵⁹.

La clausola costituzionale del giusto procedimento viene infatti interpretata in senso sostanziale, quale grimaldello costituzionale che consente un più penetrante sindacato di costituzionalità, sin dalla fine del XIX secolo quando tuttavia se ne valorizzano prevalentemente i connotati economici²⁶⁰. Tale stagione giurisprudenziale, connessa alla piena affermazione (alla fine dell'Ottocento e nei primi decenni del Novecento) del movimento liberista, si fondava essenzialmente sull'idea che il potere pubblico potesse adottare un atto normativo per il conseguimento di obiettivi legittimi i quali però erano limitati (salute, sicurezza e pochi altri *public interests*) e da interpretarsi restrittivamente. Detta fase raggiunge il proprio apice con l'adozione della nota decisione *Lochner*²⁶¹ nella quale la Corte suprema giudica incostituzionale una legge federale che pone un limite al monte ore di lavoro dei fornai come invasiva della libertà contrattuale²⁶².

Tale impostazione giurisprudenziale liberista si scontra aspramente, nel corso degli anni trenta del Novecento, con le scelte politiche di stampo keynesiano adottate dalla carismatica figura del presidente F.D. Roosevelt e finisce per declinare, non ultimo, anche a causa di una serie di avvicendamenti

²⁵⁹ Cfr. B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 4, 2000, 971 ss.

²⁶⁰ Ciò a partire dalla decisione *Mugler v. Kansas*, 123 US 623 (1887) quando i giudici, pur sostenendo la legittimità di uno *Statute* che proibiva le vendite di bevande alcoliche, affermavano altresì l'esistenza di limiti di contenuto oltre i quali al legislatore non è consentito andare e che in virtù della *substantive due process* spetta alla Corte garantire. Nella sentenza redatta dal giudice Harlan, la Corte si esprime a favore della legittimità di alcuni atti normativi del Kansas i quali proibivano la produzione e la vendita di bevande alcoliche in quanto adottati a protezione di soggetti terzi. La medesima Corte afferma altresì che andrebbe considerata comunque illegittima una limitazione indiscriminata di un diritto (quale il diritto di proprietà), pena la violazione della clausola del *due process*. Nel giro di un decennio tale nuova posizione della Corte si afferma con forza in diverse occasioni nelle quali viene stabilito che le *corporations* rientrano nel concetto di "*persons*" del XIV emendamento (*Missouri Pacific R. Co. v. Nebraska*, 164 US 403 (1896)), o che il termine "*liberty*" nel medesimo emendamento va interpretato in maniera estensiva e tale da garantire ad un individuo oltre alla libertà dalla costrizione fisica il godimento "*of all his faculties*" (*Allgeyer v. Louisiana*, 165 US 578 (1897)).

²⁶¹ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905). Nella sentenza *Lochner* la Corte suprema aveva disapplicato una legge sull'orario massimo di lavoro per i fornai valutando che essa costituisse niente altro che un'interferenza nel principio costituzionale di libertà contrattuale; tale difesa del principio della libertà contrattuale era direttamente corrispondente ad un ordinamento caratterizzato dal trionfo dei principi del *laissez faire* nell'economia politica e dell'idea che il migliore Stato fosse quello che governa il meno possibile. La Corte confermò l'approccio liberista avanzato nella sentenza *Lochner* in altri due casi: *Coppage v. Kansas*, 236 US 1, nel 1915 (in cui la Corte sanzionò una c.d. *Yellow dog law*, la quale impediva ai datori di lavoro di richiedere ai nuovi impiegati, quale condizione per l'assunzione, un impegno a non iscriversi ad alcun sindacato) ed *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525, del 1923 (in cui la Corte considerò che la predisposizione di un salario minimo per le donne violasse la clausola del *Due process*).

²⁶² Nel medesimo periodo la Corte adotta, tuttavia, anche decisioni di diverso tenore quando valuta che la tutela della salute e della sicurezza degli individui possa effettivamente costituire valido motivo perché una disposizione limiti la libertà contrattuale degli stessi ed incida sul libero mercato. Fra queste la decisione *Holden v. Hardy*, 169 US 366 (1898), nella quale viene giudicato legittimo il limite al monte ore di lavoro dei minatori posto da uno *Statute* in Utah o successivamente alla decisione *Lochner* la sentenza *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908) sul monte ore di lavoro femminile.

nel seno stesso della Corte²⁶³ (senza che fosse stata posta effettivamente in essere la minaccia del *Court Packing Plan*²⁶⁴ avanzata dal Presidente).

Nel 1934, dunque, nella decisione *Nebbia v. New York*²⁶⁵, l'intera Corte sosterrà che uno Stato è libero di adottare la politica economica che ritiene opportuna per promuovere il benessere pubblico²⁶⁶. Pur riguardando una norma adottata nel livello statale, il caso *Nebbia* è emblematico di un cambiamento della giurisprudenza della Corte che finisce per investire anche il controllo sugli atti del livello federale²⁶⁷ ed anzi, è proprio da quest'ultimo che erano giunte le maggiori spinte perché fosse adot-

²⁶³ Nel corso dei suoi quattro mandati come Presidente degli Stati Uniti (l'ultimo non concluso per il sopraggiunto decesso per malattia) Roosevelt nominò in tutto otto associate *Justices* e un *Chief Justice* (Harlan Fiske Stone, nel 1941); fra il 1937 ed il 1943 vengono sostituiti alla Corte i giudici, Willis Van Devanter, George Sutherland (nominato nel 1921 dal presidente Harding), Louis D. Brandeis (nominato nel 1916 da Wilson), Pierce Butler (nominato nel 1923 da Harding), Benjamin N. Cardozo (nominato nel 1932 da Hoover), Harlan F. Stone (nominato nel 1925 da Coolidge), e James F. Byrnes (nominato nel 1941 dallo stesso Roosevelt); F. D. Roosevelt nomina L. Hugo Black (nel 1937), F. Stanley Reed (nel 1938), Felix Frankfurter e William O. Douglas (nel 1939), Frank Murphy (nel 1940), Byrnes e Robert H. Jackson (nel 1941), e Wiley B. Rutledge (nel 1943).

²⁶⁴ Il piano, parte del più ampio *Reorganization of the Judiciary Bill* del 1937, prevedeva la possibilità da parte del Presidente di nominare un nuovo giudice della Corte suprema per ogni giudice ancora in carica che avesse superato il settantesimo anno di età. Ciò avrebbe consentito a Roosevelt di nominare, in quel momento, almeno 6 giudici portando la Corte a 15 elementi. Per un'analisi del *Court Packing Plan* si rimanda a J.L. CARSON e B.A. KLEINERMAN, *A Switch in Time Saves Nine: Institutions, Strategic Actors, and FDR's Court Packing Plan*, in *Public Choice*, 113, 2002, 301-324; G.A. CALDEIRA, *FDR's Court Packing Plan in the Court of Public Opinion*, rinvenibile su <http://epstein.wustl.edu/research/courses.LAPSCaldeira.pdf> e, dello stesso A., *Public Opinion and the US Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*, in *American Political Science Review*, 81, 1987, 1139-1153; B. FRIEDMAN, *op. cit.*, 971-1050; M.C. MCKENNA, *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The Court Packing Crisis of 1937*, New York, 2002.

²⁶⁵ *Nebbia v. New York*, 291 US 502 (1934). Per combattere gli effetti della Grande Depressione lo Stato di New York aveva adottato delle normative in campo economico fra cui il *Milk Control Law* del 1933 che costituiva un Consiglio incaricato di definire il prezzo minimo di vendita al minuto del latte. Il giudice Roberts, relatore per la Corte, considerò la normativa legittima sostenendo che «Price control, like any other form of regulation, is unconstitutional only if arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant to the policy the Legislature is free to adopt, and hence an unnecessary and unwarranted interference with individual liberty».

²⁶⁶ Nella decisione *Nebbia* la Corte sembra ripercorrere in parte le argomentazioni già sostenute dal giudice Holmes nella propria opinione dissenziente nella sentenza *Lochner*. Justice Holmes infatti contestava la decisione del 1905 affermando che la Costituzione non incorpora in sé una precisa scelta in campo economico e che il XIV emendamento non può essere interpretato come l'adozione in Costituzione della teoria spenseriana. Nelle parole di Justice Holmes: «The XIV Amendment does not enact Mr Herbert Spencer's Social Statics [...]. Some of the laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a Constitution is not intended to embody a particular economic theory». Sulla teoria spenseriana e sul darwinismo sociale soprattutto come fattore della tradizione conservatrice statunitense si rimanda a G. BORGOGNONE, *La destra americana. Dall'isolazionismo ai neocons*, Roma-Bari, 2004.

²⁶⁷ Il cambiamento dell'atteggiamento della Corte suprema nei confronti della normativa del legislatore federale si registra nel 1937 a partire dalla decisione *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 US 1 (1937); il caso verteva sulla legittimità del *National Labor Act* adottato dal Congresso federale nel 1935 in base al quale numerosi conflitti di lavoro venivano avvocati alla legislazione e conseguentemente alla giurisdizione federale. La Corte giudicò legittimo l'atto in quanto fondato sulla *commerce clause* abbandonando una linea interpretativa per la quale le relazioni di lavoro, incidendo solo indirettamente sul commercio, si riteneva non potessero mai ricadere nella competenza federale in base alla *interstate commerce clause*. La giurisprudenza inaugurata nel 1937 si è sviluppata per tutto il XXI secolo fino al cambiamento occorso con la giurisprudenza

tata una giurisprudenza più favorevole alla discrezionalità del legislativo e meno improntata al *laissez faire*. Il segnale di cambiamento lanciato nel caso *Nebbia*, cui tuttavia seguono ancora delle decisioni improntate al sostegno del liberismo economico da parte della Corte²⁶⁸, viene ribadito e confermato infine nella decisione *West Coast Hotel v. Parrish*²⁶⁹, del 1937 nella quale, ribaltando la precedente decisione *Adkins v. Children Hospital*²⁷⁰ viene valutata come costituzionalmente legittima una legge di Washington sul salario minimo femminile.

Nel 1938, l'anno successivo all'emanazione della decisione *Parrish* (la quale segna il declino dell'utilizzo della clausola del *Due process* intesa come "*economic due process*"), la Corte emette la sentenza *Carolene Products*²⁷¹ in cui, per la prima volta, è avanzata la teoria degli scrutini differenziati in relazione all'*Equal protection clause*²⁷² ed allo stesso *Due process*. La giurisprudenza successiva al caso *Carolene*, dagli anni quaranta e per tutti gli anni sessanta, maturerà un importante passaggio per il quale le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection*, da strumenti di protezione dei diritti economici e, correlativamente, di controllo dei contenuti della legislazione economica, divengono strumenti di garanzia dei diritti civili²⁷³.

della Corte Rehnquist detta del "*new judicial federalism*" ed in particolare, in relazione alla *commerce clause* alle decisioni *US v. Lopez*, 514 US 549 (1995) e *US v. Morrison*, 529 US 598 (2000).

²⁶⁸ Due anni dopo la decisione *Nebbia* la Corte nel caso *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 US 587 (1936), la Corte invalidò una legge dello Stato di New York la quale imponeva un salario minimo femminile ribadendo così parallelamente ad una giurisprudenza in contrasto con le politiche del *New Deal* a livello federale, l'idea che il potere del *government* in ambito economico dovesse essere considerato il più possibile limitato.

²⁶⁹ *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

²⁷⁰ *Adkins v. Children Hospital*, 261 US 525 (1923) Con una legge del 1918 il Congresso, al fine di garantire un tenore di vita minimo ai lavoratori minorenni ed alle donne, approvò una legge che istituiva una commissione col compito di fissare dei livelli salariali minimi valevoli nel distretto di Columbia. La legge venne dichiarata incostituzionale dalla Corte di Appello e tale decisione venne successivamente confermata dalla Corte suprema la quale sancì che i rapporti contrattuali di lavoro non avessero qualità diversa rispetto ad ogni altra transazione commerciale. È interessante osservare che nella decisione la Corte si premurò di precisare come la donna non necessitasse di alcuna forma di protezione particolare godendo di una piena capacità contrattuale e come invece da tale affermazione dissentirono vigorosamente i giudici Taft (cui aderì Sandford) e Holmes e ciò iscrive la decisione *Adkins* nel discorso riguardante la classificazione del genere femminile fra le categorie sensibili o meno (argomento approfondito più avanti nel testo). La decisione è tradotta in italiano in alcune sue parti in, *Diritti Fondamentali e interessi costituiti, op. cit.*, A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di).

²⁷¹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938). Un atto del Congresso del 1923 aveva vietato le spedizioni interstatali di (latte pastorizzato addizionato con oli vegetali). Un produttore aveva contestato tale legislazione sostenendo che essa violasse il *Commerce Power* attribuito al Congresso dalla Costituzione. La Corte valutò la legislazione legittima. Il caso è tuttavia ricordato non tanto per il disposto o la motivazione quanto per quella che è ricordata come la famosa *footnote four* per l'analisi della quale si rimanda nel prosieguo del testo.

²⁷² Per la dottrina italiana si rinvia a L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America, cit.*

²⁷³ Come noto, nel 1938, nella *Footnote four* al caso *Carolene Products*, il *Justice Stone* descrive la possibilità da parte della Corte di ponderare in maniera differenziata la profondità del proprio sindacato nella valutazione sulla legittimità costituzionale di un atto legislativo (nella terminologia statunitense il c.d. scrutinio di costituzionalità). Limitandosi a delineare due tipi di scrutinio *Justice Stone* ne definisce i caratteri affermando che mentre il c.d. *rational based scrutiny* dovrebbe costituire l'approccio base attraverso il quale la Corte valuta la legittimità costituzionale di una fonte normativa, esiste tuttavia anche un «*more exacting judicial scrutiny*».

La decisione del 1938 si iscrive nell'aspra contestazione, nella prima metà degli anni '30, della legittimità del potere di sindacato sulla costituzionalità delle Corti statunitensi in base alla c.d. "*counter-majoritarian difficulty*". Holmes, Brandeis e Stone erano fra gli allora giudici maggiori esponenti di tale *dissenting tradition*. Essi, ponendo il processo di approvazione della legge (fondato sul principio maggioritario) al centro delle proprie teorie sugli equilibri costituzionali, ponevano in dubbio la legittimità del sistema di controllo costituzionale del giudiziario il quale, privo di una legittimazione democratica, disponeva tuttavia del potere di invalidare un processo che andava considerato presuntivamente legittimo in quanto facente leva sulla legittimità che il suffragio garantisce.

Dopo la guerra di secessione, la Corte suprema, delegittimata dalla decisione *Dred Scott*, aveva saputo riconquistare la propria credibilità agli occhi dell'opinione pubblica attraverso lo sviluppo di una giurisprudenza improntata al pensiero liberale. Tale linea di comportamento aveva ben funzionato come antidoto al discredito che la Corte si era attirata alla fine degli anni cinquanta dell'Ottocento, ed aveva raggiunto il proprio apice con la decisione *Lochner*, sentenza con la quale però l'effetto di quest'antidoto si esaurisce.

Nel periodo del *New Deal* (fino al *Court Packing Plan*), la Corte suprema torna dunque a soffrire di un difficile periodo di contrasto con gli altri rami del *government* americano, ed in generale di un diffuso discredito presso l'opinione pubblica. Questo secondo periodo di delegittimazione, però, affonda radici in ragioni opposte rispetto a quelle che erano alla base della crisi della Corte suprema all'indomani della guerra civile e richiede pertanto alla Corte una diversa e nuova risposta a tale crisi²⁷⁴. Il nuovo corso della Corte suprema, si evidenzia senza dubbio a partire dalla sentenza *Brown v Board of Education of Topeka*²⁷⁵ ma ha i suoi prodromi nella decisione *Carolene* ed in particolare nella *Footnote four*.

La teoria del "*substantive due process*", dunque, nasce in relazione ai diritti economici ma acquista credito in relazione alla protezione delle libertà fondamentali e dei diritti civili. Tale sviluppo esegetico è peraltro favorito, alla fine degli anni trenta, dalle aberrazioni cui esperienze come il fascismo, il nazismo o il bolscevismo (incontrollati sistemi ultramaggioritari) dimostravano in quegli anni di condurre. Se il contesto storico del caso *Carolene* in patria era dato dall'esperienza del *New Deal*, il con-

Dei tre paragrafi di cui la *Footnote* è composta, il primo richiede un sindacato del giudice maggiormente rigoroso per tutte gli atti che concernono (e si sospetta violino) i diritti specificamente enumerati o menzionati nel *Bill of Rights* della Costituzione e letti in connessione con il XIV emendamento; il secondo delinea un giudizio maggiormente severo da parte della Corte volto ad impedire la perversione delle forme democratiche ovvero la negazione dei c.d. "*fundamental interests*", infine, il terzo paragrafo riguarda i limiti delle finalità democratiche perseguibili riferendosi al pregiudizio da parte di un atto normativo nei confronti delle c.d. "*discrete and insular minorities*".

²⁷⁴ È quanto affermato da B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, 4, 1985, 714: «Only one thing was clear. If the Court were to reassert itself after great Depression, it could not do so through the same constitutional rhetoric with which it had rehabilitated itself after the Civil War. During the long period between reconstruction and the New Deal, the Court had risen to the heights of power by insisting upon the fundamental right of free men to pursue their private aims in a free market system. Yet it was precisely this ideological elixir, which had given the judiciary new life after the civil war, that proved nearly fatal during the constitutional birth agony of the activist Welfare State. If the Court were to build a new foundation for judicial review, it would need an entirely new constitutional rhetoric — one that self-consciously recognized that the era of laissez fair capitalism had ended».

²⁷⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

testo internazionale era rappresentato, infatti, dall'emergere delle esperienze totalitaristiche. È in tale contesto che diviene comprensibile perché la Corte si sia risolta a differenziare il giudizio sui diritti economici (guidato prevalentemente da ragionamenti improntati all'etica maggioritaria) dal giudizio concernente le libertà fondamentali ed i diritti civili e politici in relazione ai quali si assiste, invece, ad uno sviluppo del *judicial review* e all'elaborazione della teoria del *substantive due process*²⁷⁶.

In uno dei più noti studi²⁷⁷ riguardanti la *Footnote four* l'autore, Bruce Ackerman, osserva come in tale decisione venga elaborato un nuovo e diverso modo di concepire il controllo di costituzionalità: esso non si pone più come un semplice confronto fra le scelte discrezionali del legislatore e la valutazione della Corte circa la costituzionalità o meno di tali scelte; il controllo di costituzionalità così concepito soffriva negli anni trenta di una crisi di legittimazione troppo forte e sembrava pertanto eccessivamente complicato spiegare le ragioni per cui un consesso di "nove anziani giuristi" (*nine elderly lawyers*) potesse controllare una legge frutto del lavoro di un'assemblea democraticamente eletta. La *Footnote four* delinea invece un tipo di controllo che scende maggiormente nel profondo rispetto alle possibili scelte operate dal legislativo, andando a valutare la stessa democraticità del processo di decisione che ha condotto a tali scelte. La Corte riacquista maggiore legittimazione, ed è titolare di un potere di controllo sulle scelte del legislativo in misura direttamente proporzionale alla delegittimazione di cui lo stesso legislativo soffre nelle situazioni in cui il principio maggioritario, portato alle sue estreme conseguenze, viola uno degli elementi cardine del principio democratico quale è il rispetto dei diritti fondamentali e dei gruppi sociali svantaggiati²⁷⁸. In un sistema democratico concepito in tale modo, la decisione *Carolene* propone dunque la Corte, ed il suo giudizio, in veste di correttivo contromaggioritario²⁷⁹.

²⁷⁶ Parallelamente al percorso giurisdizionale, il tema del ruolo e dei limiti dei poteri della Corte e del giudiziario in veste di controllore della costituzionalità non ha ovviamente mancato di interessare la dottrina dal cui fronte è stata avanzata una diversa teoria a giustificazione della progressiva espansione delle competenze, in termini di valutazione contenutistica, del giudice costituzionale. Tale è la teoria dei c.d. "*vested rights*", elaborata da E.S. CORWIN (*Liberty Against Government*, Baton Rouge, 1948), in base alla quale l'incidenza di un atto legislativo federale sul godimento di determinati diritti generalmente riconosciuti (esemplare, quale diritto "*vested*", è la proprietà) costituirebbe elemento sintomatico di illegittimità che richiede al legislatore di giustificare l'adozione dell'atto normativo sotto un profilo costituzionale riconoscendo tuttavia in capo al governo un "*police power*" da interpretarsi in senso ampio ed in virtù del quale la dottrina dei "*vested rights*" viene ampiamente temperata.

²⁷⁷ B.A. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 713-746.

²⁷⁸ Ancora nelle parole di ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 715 «Carolene promises relief from the problem of legitimacy raised whenever nine elderly lawyers invalidate the legislative decision of majority of our elective representative. The Carolene solution is to seize the high ground of democratic theory and establish that the challenged legislation was produced by a profoundly defective process. By demonstrating that the legislative decision itself resulted from an undemocratic procedure, a Carolene Court hopes to reverse the spin of the countermajoritarian difficulty. For it now may seem that the original decision, not the judicial invalidation, suffers the greater legitimacy deficit».

²⁷⁹ La prima decisione, susseguente al caso *Carolene Products*, che procede a proclamare la necessità dell'uso di uno scrutinio rigido in relazione all'incidenza di una normativa sul godimento di un diritto fondamentale è la sentenza *Skinner v. State of Oklahoma ex rel. Williamson* del 1942. In tale caso, concernente una legge dell'Oklahoma che sanzionava la recidiva di alcuni reati (e non altri) con la sterilizzazione, la Corte ritenne che la legge contestata comportasse una discriminazione che, in sé, il legislatore, nella sua discrezionalità, sarebbe stato normalmente competente a tracciare ma che per via della sua incidenza sull'attribuzione o sul godimento di un diritto fondamentale, quale il diritto alla procreazione, era da considerarsi *invidious* e da analizzare perciò

Nella propria opinione concorrente, contestando la legittimità costituzionale di una lettura sostanziale del *due process* in relazione al quale si giustifica e trova legittimazione la giurisprudenza che enuclea la tutela di diritti costituzionali impliciti, il giudice Thomas considera dunque criticamente la stessa funzione contromaggioritaria del sindacato costituzionale, della Corte suprema e del giudiziario in generale.

La proposta di Thomas di ripudio completo della giurisprudenza fondata sul *substantive due process* si rivela, a ben vedere, un tentativo di destrutturazione degli equilibri costituzionali che connotano l'esperienza statunitense ed un ripensamento assoluto della funzione della Costituzione federale e delle sue forme di garanzia.

La lettura offerta da Thomas del rapporto fra democrazia maggioritaria e vincolo costituzionale è quasi del tutto procedurale limitando i vincoli costituzionali di contenuto a ciò che è esplicitamente e incontrovertibilmente posto nel dettato costituzionale.

Non sembra sufficiente a ridurre la portata di quanto affermato dal giudice Thomas il fatto che egli aggiunga, come già sostenuto in altre passate decisioni²⁸⁰ che, piuttosto che la *substantive due process*, la clausola costituzionale più adeguata a garantire i diritti fondamentali nella dimensione della Costituzione federale sia la *Privileges and Immunities clause*.

Secondo la teoria elaborata dal giudice Thomas, difatti, la giurisprudenza fondata sul *substantive due process* conduce ad un'attività di creazione interpretativista eccessiva da parte del giudice costituzionale che affonda le sue radici in una mistificata comprensione delle reali funzioni del *judicial review*. In un'ottica profondamente originalista, la riesumazione della *Privileges and Immunities clause* potrebbe, secondo Thomas consentire di distinguere con maggior rigore i diritti fondamentali dalle istanze che non godono di tale rango circoscrivendo determinate garanzie anche nei confronti delle norme statali ai diritti enumerati nel *Bill of Rights*. Si cancellerebbe tuttavia, con un colpo di spugna, tutto il percorso giurisprudenziale che ha condotto all'elaborazione dei diritti fondamentali impliciti nel *due process* del XIV emendamento²⁸¹ i quali, peraltro, sono spesso collegati alle garanzie della *due process clause*.

La prospettiva adottata consente al giudice Thomas di approdare alla conclusione per la quale gli sforzi giurisprudenziali compiuti per decenni dalla Corte suprema per delineare i valori condivisi dalla nazione statunitense (e rintracciabili nella Costituzione federale) sono in realtà un abuso giurisprudenziale in quanto, nelle materie di propria competenza, gli Stati sono liberi di adottare le normative che vogliono sulla base delle proprie considerazioni assiologiche senza alcun limite valoriale che promani dalla Costituzione federale. La sua visione restrittiva del *due process* si collega, dunque, ad un'interpretazione rigidamente competitiva di federalismo e ad una visione quasi confederale della Federazione statunitense che sembra non considerare per nulla la storia costituzionale del Paese de-

attraverso lo scrutinio rigido di controllo di costituzionalità. La decisione *Skinner* inaugurò pertanto l'analisi del sindacato di costituzionalità di tipo *strict* delle normative incidenti sui *fundamental interests*, e contemporaneamente, qualificò il diritto alla procreazione come fondamentale.

²⁸⁰ Cfr. *Mc Donald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) sull'*incorporation* del diritto a detenere e portare armi garantito nel II emendamento; *Timbs v Indiana*, 586 US_ (2019), Docket n. 17-1091, dove la teoria di Thomas sembra in parte condivisa anche dal giudice Gorsuch.

²⁸¹ Sul punto cfr. J.C. ACEVES, *A Distinction with a Difference: Rights, Privileges and the Fourteenth Amendment*, in *Texas Law Review Online*, 98, 2019.

gli ultimi novant'anni e che spinge ad una concezione estremamente frammentata e polarizzante del Federalismo statunitense.

14. La decisione *Dobbs*, il confederalismo dei diritti e le ricadute sulla forma di Stato statunitense

Nella decisione *Dobbs* la maggioranza ripete spesso che la valutazione sul se consentire o vietare l'aborto deve essere restituita al processo decisionale politico (maggioritario —e, forse, finanche esclusivamente statale—). Il deciso di *Dobbs* e l'argomentazione proposta dalla maggioranza producono uno svuotamento dall'interno dell'indirizzo politico costituzionale rintracciabile (e da decenni riconosciuto) nella Costituzione federale concernente il modo in cui in essa è strutturato il rapporto libertà/autorità. Ciò non può che comportare un'alterazione della concezione stessa della Federazione e del suo ruolo istituzionale nella forma di Stato statunitense.

La dimensione costituzionale statunitense affonda le proprie radici storiche nella dimensione confederale degli *Articles of Confederation* e pur se, con la Convenzione di Philadelphia, si ridefinisce secondo un assetto federale, per molti decenni successivi al 1787, la concezione confederale continua a permeare il carattere e la percezione della Costituzione statunitense²⁸².

Un momento di passaggio si registra con la guerra civile quando gli Stati del Nord impediscono la secessione degli Stati del sud riuniti in confederazione confermando il principio per cui le articolazioni statali nella Federazione non detengono più la piena sovranità²⁸³.

La guerra di secessione nell'esperienza statunitense si rivela momento particolarmente significativo anche sotto altri profili perché, in quella circostanza, collegata inestricabilmente alla necessità di porre fine all'istituto dello schiavismo, la Federazione, forse per la prima volta, dimostra concretamente di non essere meramente il livello di governo preposto alla garanzia delle corrette relazioni fra Stati membri quanto, ben oltre, di poter essere un livello di governo in diretto rapporto con gli individui che vivono sul suo territorio a garanzia dei loro diritti.

L'assunzione di questa forma di responsabilità in tema di diritti evidenzia il momento a partire dal quale la somma degli Stati diviene comunità nazionale e la Federazione comincia a concepirsi (e ad essere percepita) non più secondo i precedenti canoni (ancora) confederali.

La fase storica che segue è tuttavia fortemente connotata dalla concezione liberale della forma di Stato ed è dunque in tale ottica che si interpreta inizialmente la struttura federale la quale, in tema di diritti, per lungo tempo, si propone secondo logiche astensionistiche e di garanzia delle libertà prevalentemente negative.

Per questo, un secondo passaggio storico fondamentale si rivela essere il periodo del *New Deal* rooseveltiano susseguente alla grave crisi economica del 1929 nel corso del quale, maturando istituzionalmente (e poi anche nella consapevolezza del giudiziario) l'idea di un necessario interventismo statale in economia a riequilibrio delle gravi carenze prodotte dal libero mercato si realizzerà una pro-

²⁸² Cfr. R.A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?* Bari-Roma, 2003.

²⁸³ Per un parallelismo con l'esperienza europea della Brexit, cfr. M. BUZZON, *Unità politica e "secessione" oltre lo Stato: considerazioni a partire dalla Brexit*, in *Filosofia Politica*, 3, 2019 e C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria Politica*, 7, 2017.

fonda maturazione della forma di Stato federale statunitense con il ridimensionamento della sua matrice liberale e competitiva²⁸⁴.

I profondi cambiamenti che interessano l'esperienza statunitense avvengono a Costituzione quasi invariata e trovano tuttavia, come noto, ampio sfogo nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale²⁸⁵ che si assume il difficile compito dell'enucleazione delle istanze nazionali nella dimensione costituzionale. A ragione di ciò, la giurisprudenza attivista e creativa che si afferma a partire dagli anni sessanta e settanta non è condivisa da tutti. È noto, anzi, che alcune nomine presidenziali degli anni ottanta (Scalia e Rehnquist) siano state poste in essere proprio per frenare questo percorso alimentando l'ideologia esegetica originalista e non interpretativista²⁸⁶.

Secondo tale percorso, e sulla base della direttrice disegnata nella *footnote four* della decisione *Carolene Products*, la Corte si struttura compiutamente come un potere contromaggioritario e un garante dei valori supermajoritari. Il dato di fatto per cui molti diritti dedotti in via giurisprudenziale dalla Corte non sono espressamente citati in Costituzione non è sorprendente: al momento della scrittura della Costituzione di Philadelphia il patto costituente non era concepito come una tavola di valori ma come un accordo di convivenza; peraltro tale patto costituente risentiva, come già evidenziato, di una forte connotazione interstatale tanto che i diritti enunciati nel *Bill of rights* (approvato poco dopo la Costituzione) erano inizialmente concepiti come una garanzia per gli Stati (e per i popoli degli Stati) nei confronti della Federazione e non come diritti individuali in assoluto.

Nel tempo però la Federazione si trasforma conformandosi (e allo stesso tempo permeando del suo cambiamento) al processo di nascita e progressiva affermazione di una vera e propria comunità nazionale.

Se tutto ciò corrisponde al vero non sorprende che in un momento storico di grave crisi del concetto stesso di Nazione come comunità dovuto alla estrema polarizzazione della politica statunitense sopraggiungano dei segnali che indicano il parziale tentativo di rinnegare la Federazione come "comunità" e propugnano il ritorno ad un'idea di Costituzione federale come accordo di organizzazione riallocando le decisioni in tema di diritti, valori e garanzie alla dimensione statale. Si tratta di un passo indietro sapientemente oscurato dall'invocazione populista della necessità che le decisioni politiche vengano assunte secondo i canoni del processo democratico fingendo di non percepire la complessità della dimensione democratica i cui processi non sono solo maggioritari ma anche e soprattutto costituzionali e questi ultimi sono prioritari ai primi in quanto i vincoli costituzionali consentono a che le tensioni maggioritarie non finiscano per soffocare l'intera comunità nazionale e sociale²⁸⁷.

Peraltro, in relazione più strettamente al tema della democrazia maggioritaria, molto ci sarebbe da dire sulla recente giurisprudenza della suprema Corte in tema di *voting rights* in relazione alla quale si susseguono le numerose decisioni²⁸⁸ che sembrano incidere fortemente sulla tenuta del principio

²⁸⁴ Sul punto, C. BOLOGNA, *Stato federale e "National interest"*, op. cit.

²⁸⁵ Sul punto B. ACKERMANN, *We The People*, cit.

²⁸⁶ Cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, cit.

²⁸⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1996.

²⁸⁸ Ci si riferisce fra l'altro a *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) con cui la Corte ha limitato alcuni poteri di supervisione del Congresso (con di finalità antidiscriminatorie) sulle leggi elettorali statali, alla già citata ed a *Merrill v. Milligan*, 595 US_ (2022), Dockets 21–1086, 21–1087, in cui la Corte ha rinunciato ad esprimersi nel merito di un contenzioso sospendendo tuttavia la decisione del Tribunale inferiore impugnata

dell'eguaglianza elettorale nell'esperienza statunitense affermatosi sin dalla decisione *Reynolds*²⁸⁹ del 1964²⁹⁰.

A qualche ora dalla pubblicazione della decisione *Dobbs*, il Presidente degli Stati Uniti Joe Biden si è rivolto con un discorso alla Nazione esternando la sua contrarietà alla decisione e appellandosi al popolo per ottenere un sostegno alle prossime elezioni di metà mandato previste per l'8 novembre del 2022 in occasione delle quali verrà rinnovata la Composizione della Camera dei Rappresentanti e di 1/3 del Senato.

Nel suo appello il Presidente Biden si conforma, dunque, alla dimensione maggioritaria che sembra aver assunto il conflitto politico in corso.

In attesa dunque di assistere all'evoluzione che connoterà certamente il sistema statunitense (in una direzione o in un'altra), resta la consapevolezza che la decisione *Dobbs* vada considerata certamente una sentenza storica nella giurisprudenza della Corte suprema federale: essa si rivela particolarmente importante e "grave" nelle sue conseguenze non tanto, come semplicemente potrebbe ritenersi, per il fatto in sé che elimina dalla dimensione costituzionale federale la garanzia del diritto all'aborto quanto per il percorso argomentativo che conduce a tale fine e per le implicazioni che tale percorso argomentativo sembrano prefigurare.

che imponeva all'Alabama un ridisegno della sua *voting map* in quanto in violazione del *Voting Rights Act* per *gerrymandering* razziale. La Corte ha richiamato il precedente *Purcell v. Gonzalez*, 549 US 1 (2006) dichiarante l'inopportunità delle decisioni dei tribunali in materia elettorale assunte eccessivamente a ridosso del voto.

²⁸⁹ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) nella quale la suprema Corte definisce il principio "*one man, one vote*".

²⁹⁰ Sul tema si rinvia al testo scritto di futura pubblicazione di F. CLEMENTI sull'intervento svolto nel Convegno: *La Crisi della Democrazia Statunitense. Ragioni e Prospettive*, 27 giugno 2022. La registrazione del convegno è reperibile su radiatoradiale.it.