

La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* *

ELETTRA STRADELLA**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 19–1392, decided June 24, 2022.
Disponibile all'indirizzo: www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

Sommario: 1. Premessa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e la decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti. – 2. Il percorso verso l'*overruling*. – 3. *Dobbs* e l'interpretazione originalista. – 4. *Dobbs* e il suo impatto politico-costituzionale negli Stati Uniti. – 4.1. *Dobbs* e l'invisibilizzazione delle donne. – 4.2. La *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. – 5. *Dobbs* e la regressione transnazionale nella tutela dei diritti di genere.

Data della pubblicazione sul sito: 2 novembre 2022

Suggerimento di citazione

E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: elettra.stradella@unipi.it.

1. Premessa: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e la decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti

Il 24 giugno scorso la Corte Suprema degli Stati Uniti, con decisione assunta a maggioranza (6 – 3) nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, ha stabilito che la Costituzione degli Stati Uniti non impedisce ai cittadini di ciascuno Stato di regolare o vietare l'aborto, fenomeno che presenta profonde implicazioni etiche e morali. Ha così superato i suoi precedenti giurisprudenziali che avevano, invece, riconosciuto nel quadro dei principi e dei diritti costituzionali l'affermazione del diritto all'aborto, definendone una portata costituzionale nonostante esso non sia presente all'interno del testo. A partire da questa pronuncia ciascuno Stato ha piena autonomia nella regolazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, potendo consentirla attraverso una legislazione particolarmente permissiva, ma anche vietarla radicalmente, senza eccezioni, in quanto non esiste una legge federale sulla materia né, secondo la Corte, un fondamento costituzionale del diritto di abortire. In questo senso la Corte opera la decostituzionalizzazione di un diritto che, attraverso la sua precedente giurisprudenza, aveva coperto delle garanzie derivanti dalla sua federalizzazione e dal riconoscimento della sua immediata riconducibilità al XIV Emendamento della Costituzione².

Un tentativo di intervento legislativo federale si è peraltro recentemente realizzato nel *Women's Health Protection Act*, con il quale gli esponenti democratici che lo sostenevano, sia alla Camera sia al Senato, intendevano vietare l'introduzione di limitazioni e restrizioni nell'accesso alle procedure abortive, sostituendo alle numerose, e variegiate, leggi statali vigenti sulla materia, una disciplina omogenea a livello federale; ma, dopo l'approvazione da parte della Camera dei rappresentanti nel 2021, la proposta è stata bocciata dal Senato nel febbraio del 2022.

Il quadro giuridico, politico e culturale nel quale si inserisce la sentenza *Dobbs*, il percorso che ha condotto alla sua emanazione, e la pluralità degli impatti che essa è in grado di esercitare, sul piano individuale e collettivo, meritano certamente i numerosi commenti che hanno animato il dibattito nelle settimane immediatamente successive alla pronuncia. In queste pagine si cercherà di dar

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. 2022. Diversi sono i commenti pubblicati nelle settimane che hanno seguito la pronuncia, e alcuni di questi saranno citati nel corso della riflessione, si segnala però fin d'ora L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere "egregiously wrong from the start"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022.

² Si veda anche il recente commento di A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2022.

conto, seppure sinteticamente, dei profili che si ritengono cruciali per comprendere le “faglie ideologiche e le nuove linee di tendenza” della Corte, in una prospettiva di genere orientata a collocarle all’interno del panorama internazionale delle sfide ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne.

2. Il percorso verso l’*overruling*

Per comprendere quello che è avvenuto in *Dobbs* occorre certamente delineare il percorso che ha condotto alla pronuncia, frutto di un progetto politico di lungo termine, la cui realizzazione sarebbe passata proprio attraverso la possibilità di incidere sulla composizione della Corte Suprema.

È dell’aprile del 2007 la prima pronuncia favorevole a un’interpretazione restrittiva del diritto (costituzionale) all’aborto negli Stati Uniti, come tale costruito dalla Corte Suprema nel *landmark case* *Roe v. Wade* del 1973³, pur già parzialmente messa in discussione vent’anni dopo in *Planned Parenthood v. Casey*⁴, quando la Corte aveva introdotto, per la valutazione della legittimità di previsioni concernenti l’aborto, l’*undue burden test*, con il quale i giudici avrebbero dovuto valutare l’incostituzionalità di qualsiasi restrizione al diritto di abortire verificando se la limitazione era tale da gravare sul diritto della donna in modo sproporzionato rispetto ai benefici che intendeva determinare. Un test che è stato utilizzato fino ad oggi per sanzionare qualsiasi “onere eccessivo” imposto sulla capacità di decidere della donna in merito a una interruzione volontaria di gravidanza: come ricordato nella sentenza *Stenberg v. Carhart* del 2000, quando una legge limita un diritto costituzionale garantito (come l’aborto a partire dal 1973) e non ci sono altre giustificazioni per quell’intervento legislativo, se non l’ostilità del legislatore nei confronti di quel diritto, *the burden is undue*.

Ma nel 2007 alla Corte è arrivato il giudice Samuel Alito, redattore dell’opinione di maggioranza dell’attuale caso *Dobbs*, e con *Gonzales v. Carhart*⁵ la Corte ritiene costituzionale una legge federale del 2003, il *Partial Birth Abortion Ban Act*, con la quale si vietava ai medici di ricorrere a una tecnica abortiva particolarmente cruenta, utilizzabile nel secondo trimestre della gestazione. A fronte della *dissenting opinion* scritta dalla giudice Ruth Bader Ginsburg, nella quale si sottolinea la gravità di una decisione del genere, e si richiama l’elemento relativo alla tutela della salute della donna, la Corte ritiene che l’incertezza medica non impedisca al legislatore di intervenire sul tema dell’aborto, così come può farlo su altre questioni: insomma la necessità, sancita da *Roe*, di prevedere eccezioni a eventuali limitazioni dell’aborto quando siano finalizzate a garantire la salute e la

³ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁵ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), su cui cfr. A. SPERTI, nota in *Il Foro Italiano*, luglio-agosto 2007, vol. 130, n. 7/8.

vita della gestante, sembra venire meno, e il legislatore può costituzionalmente limitare o impedire l'utilizzo di una determinata tecnica abortiva quando “*ethical and moral concerns*” stiano alla base del suo divieto.

Come è stato recentemente sottolineato⁶, con la sentenza *Gonzales* entra nel discorso sull'aborto il tema della dignità, un concetto per lo più assente dalla cultura giuridica nord-americana⁷, e assente dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti sessuali e riproduttivi, segnata piuttosto dall'affermazione della *privacy*, centrale a partire dalla sentenza *Griswold v. Connecticut*⁸, nella quale la “*marital privacy*” e l'utilizzo della contraccezione che di questa rappresenta una manifestazione, era stata considerata un portato del Primo, Terzo, Quarto e Quinto Emendamento, ed era stato dunque ritenuto sufficiente il diritto alla *privacy*, diritto costituzionale che affonderebbe le sue radici direttamente nel *Bill of Rights*, a dare copertura al diritto delle coppie sposate di utilizzare mezzi contraccettivi per la prevenzione di gravidanze indesiderate. La sentenza *Roe v. Wade*, figlia di *Griswold*, aveva così impostato il *right to abortion* sul diritto alla *privacy*, e i primi passi verso la demolizione del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza si compiono nel momento in cui viene fatta entrare, nell'alveo dei principi e degli interessi di rilievo costituzionale capaci di limitare l'autonomia individuale, la dignità, concetto conosciuto e rilevante nello spazio giuridico europeo e nelle dinamiche del bilanciamento, ma potenzialmente dirompente nel contesto nord-americano.

Il percorso verso l'*overruling* di *Roe* è poi segnato, negli ultimi anni, dalla progressiva adozione di leggi statali volte a restringere l'ampiezza della garanzia dell'effettività del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, attraverso l'introduzione di divieti di accesso all'aborto fondati sul grado di avanzamento della gravidanza, ed in particolare l'imposizione di requisiti organizzativi

⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *Dobbs v. Roe. L'autodeterminazione femminile espulsa dall'agenda politica statunitense*, in *Euronomade.info*, 5 luglio 2022, disponibile all'indirizzo www.euronomade.info/?p=15078; rilevante l'intervento di Marella in occasione del seminario svoltosi presso l'Università di Roma Tre l'8 luglio 2022, dal titolo “*La sentenza della Corte Suprema USA Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. Quale autodeterminazione riproduttiva per le donne? Quali le ricadute in Europa?*”.

⁷ Sul tema della dignità nel sistema costituzionale nord-americano cfr. A. BARAK, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, spec. pp. 185 ss., il quale sottolinea (p. 188) che, sebbene negli Stati Uniti la dignità umana sia riconosciuta come un “valore sociale”, essa non è stata sufficientemente sviluppata nel diritto americano e non ha mai raggiunto una rilevanza tale da comportarne il riconoscimento come diritto costituzionale. Semplicemente è stata introdotta e configurata del tutto occasionalmente, da parte di alcuni giudici, generalmente nel contesto di opinioni dissenzienti.

⁸ Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

generalmente onerosi per le cliniche nelle quali si praticano gli aborti e per i medici che in esse operano, solo dichiaratamente fondati su esigenze di tutela della salute della donna⁹. Di recente è intervenuto il *Texas Heartbeat Act*, con il quale è stata introdotta una disciplina dell'aborto particolarmente restrittiva, e sul quale si è pronunciata la Corte Suprema in *Whole Woman's Health v. Jackson* nel 2021¹⁰. In questo caso, a fronte della decretata sospensione dell'entrata in vigore del provvedimento, restrittivo come nessun altro¹¹, tanto da essere in grado di vanificare completamente il diritto (all'epoca ancora costituzionale) all'aborto delle donne texane, la Corte, chiamata a pronunciarsi su un'istanza di annullamento della sospensione, rigetta il ricorso presentato in via emergenziale, per una serie di ragioni di carattere procedurale sulle quali non è questa la sede per soffermarsi¹², e di fatto consente l'entrata in vigore della legge statale.

Considerati gli evidenti profili di incostituzionalità di una legge irragionevolmente restrittiva, scarsamente scientifica, ma anche introduttiva di un meccanismo di *enforcement* preoccupante per la sua capacità di eludere il *judicial review*¹³, la scelta della Corte di non fare nulla sembra già preludere a quanto pochi

⁹ Si tratta delle ben note *Targeted Restrictions on Abortion Providers*, le c.d. *TRAP laws*, con le quali i legislatori statali hanno stabilito requisiti professionali e strutturali sostanzialmente finalizzati a rendere oneroso l'accesso all'aborto per le donne in quanto difficilmente praticabile da parte degli operatori sanitari, cfr. L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016, pp. 806 ss. È importante notare che le c.d. *TRAP laws* fanno parte di un più generale slittamento del discorso antiabortista dalla focalizzazione sul diritto alla vita del nascituro a quella sulla presunta pericolosità delle pratiche abortive per la salute della donna, secondo un approccio paternalista che non manca di avvalersi di dati e considerazioni del tutto infondate scientificamente, come illustra approfonditamente S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, in *DPCE online*, n. 1/2021, pp. 1087 ss.

¹⁰ Cfr. *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U. S. (2021).

¹¹ Poiché legava, come si evince già dal titolo, il limite temporale per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza all'elemento, peraltro parecchio controverso anche dal punto di vista scientifico, del battito cardiaco fetale, normalmente rintracciabile a partire dalla sesta settimana di gestazione, quando in molti casi una donna non è neppure ancora a conoscenza dello stato di gravidanza, e in ogni caso all'incirca quattro mesi prima dell'inverarsi del requisito della *viability*, individuato da *Roe v. Wade* come discriminare per la legittimità di interventi restrittivi dell'accesso all'aborto.

¹² Sulla pronuncia si rinvia a M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, n. 4/2021.

¹³ Ci si riferisce alla *private civil enforcement action*, in base alla quale qualsiasi privato cittadino, che non sia titolare dell'esercizio di funzioni pubbliche o dipendente di un *public*

mesi dopo sarebbe avvenuto con *Dobbs*. Anche dal punto di vista delle fratture e delle tendenze interne alla Corte Suprema.

Infatti, in questo caso la decisione è assunta con una maggioranza di 5-4, che prepara il 6-3 del 2022. L'*opinion of the Court* è accompagnata da 4 opinioni dissenzienti, oltre che di Breyer, Sotomayor e Kagan, anche di Roberts, il quale, come si vedrà in seguito, è invece autore in *Dobbs* di una *concurring in the judgement*, che lo conduce, pur nella sostanziale divergenza di argomentazione, all'interno della maggioranza ultraconservatrice che cancellerà *Roe v. Wade*. È interessante notare come nei *dissents* del 2021 si richiama un percorso giurisprudenziale di consolidamento del diritto costituzionale all'aborto che appare invece in crisi. Il divieto texano rappresenterebbe una palese violazione del diritto costituzionale di aborto nelle prime fasi della gravidanza, proprio in considerazione dei precedenti, anche vicini nel tempo, che indicano l'illegittimità di interventi statali limitativi dell'esercizio del diritto nel primo trimestre della gravidanza, basti pensare a *June Medical Services L. L. C. v. Russo*¹⁴ del 2020.

Questa decisione, significativa anche perché giunta in seguito alla nomina alla Corte da parte del Presidente Trump di due giudici notoriamente antiabortisti, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh¹⁵, sembra riprendere il precedente di *Whole*

body, statale o locale, può avviare un'azione civile contro chiunque realizzi, aiuti o favorisca, anche economicamente, una pratica abortiva che si ponga in contrasto con la legge statale.

¹⁴ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. 1101 (2020). La legge dello stato della Louisiana chiedeva in questo caso che i medici abilitati a effettuare interruzioni della gravidanza fossero dotati di *admitting privileges* in almeno un ospedale autorizzato entro una distanza di circa 50 km dalla clinica abortiva. Per *admitting privileges* si intende la posizione soggettiva del medico che, grazie al fatto di avere un rapporto con un determinato ospedale, è nella condizione di stabilire il ricovero di un paziente in determinate strutture per fornire servizi diagnostici o terapeutici specifici. La *ratio* (teorica) di interventi normativi di questo tipo risiede chiaramente nell'esigenza di garantire la sicurezza e la salute delle donne, ma spesso essi, per come disegnati, tendono a diventare strumenti di neutralizzazione dell'effettività del diritto all'aborto.

¹⁵ Si veda su questo S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, cit. Va peraltro sottolineato che quella di Gorsuch, così come sarà per la nomina di Amy Coney Barrett, risulta essere una nomina piuttosto discutibile nel metodo, da parte di Trump. Come si ricorderà, infatti, nel febbraio del 2016, dopo l'improvvisa morte del giudice Scalia, agli inizi della campagna presidenziale, il Senato rifiutò di riunire la *judiciary commission* per discutere della nomina del giudice Garland, proposto dall'allora presidente Obama, ritenendo che una nomina nell'anno elettorale non sarebbe stata opportuna; solo pochi anni dopo, a due mesi dall'*Election Day*, Trump, a seguito della morte di Ruth Bader Ginsburg, avrebbe invece nominato la giudice Coney Barrett, poi immediatamente confermata dal Senato.

*Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁶, in cui la Corte Suprema ha rilevato l'incostituzionalità di un'altra legge, sempre del Texas, in quanto i requisiti organizzativi e professionali stabiliti (i c.d. *admitting privileges*) rappresentavano un *undue burden* sul diritto della donna all'interruzione della gravidanza, e lo ha fatto mettendo in discussione che tali requisiti, evidentemente limitativi delle effettive possibilità di accesso all'aborto, fossero funzionali alla protezione della salute femminile, poiché nulla di concreto condurrebbe a questa conclusione. E dunque, con *Whole Woman's Health*, il test dell'*undue burden* formulato in *Planned Parenthood* diviene ancora più stringente, rappresentando lo strumento con il quale le corti devono verificare, in tutti i casi in cui si trovano ad applicare una legge che limita il diritto all'aborto, se l'intervento normativo persegue un interesse legittimo, devono mettere a confronto i vantaggi delle restrizioni introdotte con l'intensità dei limiti che fanno gravare sui diritti riproduttivi delle donne, e, in quest'opera di bilanciamento, devono fondarsi su dati oggettivi, *evidence-based* e quindi scientificamente affidabili.

La sentenza *June Medical Services* conferma il principio che impedisce agli stati di stabilire un "onere eccessivo" gravante sulle donne che vogliono accedere all'aborto nel periodo precedente la *viability* del feto, ma è interessante segnalare le differenze tra la decisione del 2016 e quella del 2020 per leggere in controtuce il complesso percorso che conduce fino a *Dobbs*.

La legge oggetto della pronuncia del 2020 è sostanzialmente identica alla legge texana dichiarata incostituzionale nel 2016, ma nel caso più recente il giudice Roberts, che in *Hellerstedt* si era espresso con una *dissenting opinion*, si unisce ai 4 giudici "progressisti" nel censurare l'incostituzionalità della legge della Louisiana oggetto della decisione. Lo fa con una *concurring opinion* significativa delle tensioni che scuotono dall'interno la Corte Suprema nell'attesa dello storico *overruling*. A differenza del test utilizzato in *Hellerstedt*, che propone, come ricordato, un bilanciamento tra benefici derivanti dalla limitazione del diritto all'aborto e gravosità delle restrizioni introdotte, Roberts propone in *June Medical Services* un altro percorso argomentativo, secondo il quale dovrebbe essere ritenuta costituzionale qualsiasi regolazione che possa essere giustificata dall'esistenza di un fondamento non arbitrario e che non imponga un "*substantial obstacle*"¹⁷, introducendo così uno standard meno rigoroso, tale da consentire di fatto la

¹⁶ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016), su cui A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, M. GOODWIN, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, n. 2/2017, pp. 340 ss. Anche questa pronuncia, come la citata *June*, aveva ad oggetto una legge che introduce *admitting privileges*.

¹⁷ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit.

sopravvivenza di previsioni che stabiliscano *admitting privileges* sulla base di una valutazione *case by case* più condizionata dalle specificità statali. Questo punto è importante nel tracciare il percorso verso *Dobbs*, perché in questo caso Roberts pone l'accento sul ruolo dei legislatori nella definizione delle regole in materia di aborto e nell'attività di bilanciamento tra i diversi interessi che si confrontano nella sua disciplina, mettendo in secondo piano il ruolo delle Corti, che invece risultava centrale nel precedente di *Hellerstedt*. E non è un caso che il *Chief Justice* citi proprio la sentenza *Gonzales* per ricordare che è il potere legislativo, a livello statale e federale, ad essere dotato della più ampia discrezionalità regolativa in tutti quegli ambiti in cui non esistono certezze medico-scientifiche¹⁸.

Proprio il tema delle presunte incertezze medico-scientifiche, come segnala Susanna Mancini¹⁹, rappresenta il terreno fertile per un discorso politico, ma anche giurisprudenziale, che si appropria in modo fortemente distorsivo dell'approccio *evidence-based* tipicamente nord-americano.

In questo quadro non manca un tradizionale utilizzo della libertà di espressione come volano per la diffusione di dati e informazioni strumentali al progressivo sgretolamento del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza; basti riferirsi alla sentenza *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* del 2018²⁰, in cui la Corte Suprema ritiene incostituzionale una legge dello stato della California che prevedeva che le strutture fornitrici di servizi relativi alla gravidanza dovessero pubblicare informazioni chiare e trasparenti che mettessero a conoscenza i pazienti se non si trattava di centri medici autorizzati e dovevano rendere noto che lo stato della California offre servizi di assistenza sanitaria riproduttiva finanziati con fondi pubblici, tra i quali la contraccezione e l'assistenza per l'interruzione volontaria della gravidanza. E' il giudice Thomas in questa occasione a redigere per la maggioranza una decisione che focalizzando la questione sul Primo Emendamento sostiene che l'intervento del legislatore californiano viola la *freedom of speech* nel momento in cui impone a queste strutture di fornire informazioni su pratiche e strumenti ai quali i loro responsabili si oppongono, trattandosi di una *content-based regulation*: vale a dire che, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema, possono essere date informazioni insufficienti e incomplete, ed è legittimo celare consapevolmente quali sono i servizi che vengono messi a disposizione dallo stato per la tutela della salute

¹⁸ Cfr. Roberts, C.J., *concurring in judgment in June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. 1101 (2020), 2136 (e il riferimento è a *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 163 (2007)).

¹⁹ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit.

²⁰ Cfr. *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U.S. (2018)

riproduttiva, qualora le notizie che dovrebbero essere divulgate non siano in linea con le convinzioni dei responsabili delle strutture²¹.

²¹ Le restrizioni *content-based* alla libertà di manifestazione del pensiero sono quelle che limiterebbero l'intervallo di scelta, causando il fatto per cui i "consumatori", in questo caso le utenti del servizio, con una elevata domanda delle espressioni soggette, per il loro contenuto, a limitazioni, non sarebbero in grado di venire a contatto con le opinioni che sceglierebbero liberamente di ascoltare, percepire e conoscere, mentre chi ha bassa domanda delle varietà rimanenti di espressioni (non soggette a restrizioni) troverebbero disponibili quelle da loro richieste (cfr. D. FARBER, *Free speech without romance: public choice and the First Amendment*, in *Harvard Law Review*, vol. 105, n. 2/1991, pp. 560 ss.). Occorre ricordare però alcuni aspetti in materia di *content-based regulation*, che interrogano circa l'impostazione scelta nell'*opinion* redatta dal giudice Thomas. Innanzitutto, come è noto, la Corte Suprema nei casi di regolazioni *content-based* dell'espressione applica uno *strict scrutiny* in cui l'*interest* che sta alla base della regolazione deve risultare *compelling*. Chiaramente in questo caso, trattandosi di obblighi di comunicazione che si fondano sulla tutela del diritto alla salute, non è difficile rintracciare la natura *compelling* dell'interesse pubblico alla regolazione, a meno di non sposare, come avviene nella sentenza, un approccio ascientifico (più che antiscientifico). Inoltre, va segnalato che la legge californiana non sarebbe comunque rientrata nel più critico, rispetto all'ampia e costituzionalmente intensa protezione del Primo Emendamento, ambito della *viewpoint-based regulation*, non imponendo naturalmente alle strutture la condivisione di un determinato punto di vista, ma soltanto la circolazione di alcuni contenuti informativi. Sulle diverse tipologie di regolazione del discorso, si rinvia in particolare ad alcune letture fondamentali, tra cui G.R. STONE, *Content regulation and the First amendment*, in *William and Mary Law Review*, n. 15/1983, pp. 189 ss.; ID., *Content-neutral restrictions*, in *University of Chicago Law Review*, n. 54/1987; C.R. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, Free Press, New York City, 1993, spec. pp. 188 ss.; R. SINGH, *The indirect regulation of speech: a time and a place for everything?*, in *Public Law*, n. 2/1988, pp. 212 ss.; F. SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, spec. pp. 148 ss.; M. REDISH, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, in *Stanford Law Review*, n. 34/1981, p. 131. Infine, si rammenti che anche nel *landmark case* *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), la cui opinione di maggioranza è redatta dal giudice Scalia, e condivisa tra gli altri dallo stesso Clarence Thomas, le forme di *content-based regulation* non sono vietate in maniera indiscriminata, ma è anzi indicato come alcuni tipi di *content discrimination* non si pongano in violazione del Primo Emendamento, ed in particolare "quando il fondamento per la *content discrimination* consiste interamente nell'effettiva ragione per cui l'intera classe espressiva in questione risulta limitabile, non esiste alcun significativo pericolo di discriminazioni ideali o *viewpoint based*. Una tale ragione, essendo stata giudicata abbastanza neutrale da consentire l'esclusione dell'intera classe espressiva dalla protezione del Primo Emendamento, è anche abbastanza neutrale per costituire il fondamento della distinzione all'interno della classe", e questo ragionamento è ripreso in *Virginia v. Black*, 538 U.S. 344

In *Dobbs*, la via aperta nel 2007, al momento dell'ingresso del giudice Alito all'interno della Corte, si compie proprio con le argomentazioni di quest'ultimo, redattore della *opinion of the Court*, con le quali consolida il percorso regressivo della Corte Suprema, emergente dalla bozza diffusa in anticipo della sentenza, di cui il 24 giugno si è avuta conferma; ma si può sottolineare come la stessa diffusione anticipata della bozza in questione sia un fatto già di per sé eccezionale e preoccupante, sintomatico del conflitto presente all'interno del collegio dalla bozza diffusa in anticipo della sentenza, di cui il 24 giugno si è avuta conferma.

In quest'ultima decisione la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con la Costituzione di una legge del Mississippi, il *Gestational Age Act*, che vietava pressoché sempre l'aborto dopo la quindicesima settimana di gestazione (anche in presenza di stupro e di incesto), tranne che in casi di emergenza medica o di gravi anomalie fetali. Poiché la legge si poneva manifestamente in contrasto con quanto stabilito dalla Corte Suprema nella storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973, dove era stato costituzionalizzato, cioè ritenuto direttamente derivante dai principi e dai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, il diritto all'aborto, come parte del diritto alla privacy, la Corte questa volta ritiene di dover decidere se continuare ad applicare il precedente, oppure fare *overruling*, ritenendo sbagliata e da superare la posizione precedentemente assunta. In realtà, come si vedrà emergere chiaramente dalla *concurring* del *Chief Justice* Roberts, l'alternativa tra dichiarare incostituzionale la legge del Mississippi applicando de plano il precedente di *Roe*, e abrogare il precedente di *Roe*, non era per nulla netta e insuperabile.

Va ricordato, infatti, che la sentenza *Roe* non aveva in realtà negato il diritto degli stati a proteggere "la vita umana in potenza", ma aveva sostenuto la necessità di un bilanciamento e di una diversa graduazione degli interessi in gioco a seconda della fase della gravidanza, tale da condurre a una limitazione del potere dello Stato di incidere sulla scelta di interrompere la gravidanza nel primo trimestre, e alla possibilità di esercitare questo potere nel secondo trimestre, purché in modo ragionevole e con una finalità di tutela della salute della donna. Centrale, in *Roe*, era l'elemento della *viability*, vale a dire la possibilità per il feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno, ad essere considerato da quella Corte come il criterio determinante nella modulazione dell'incostituzionalità di limiti posti dal legislatore al diritto a interrompere la gravidanza. La legge del Mississippi, in effetti, si limitava a ridurre il periodo della gravidanza durante il quale sarebbe stato ammissibile interromperla, portandolo a 15 settimane (ricordiamo che in Italia, secondo quanto previsto dalla legge n. 194 del 1978, questo periodo è più ridotto, pari a 90 giorni, trascorsi i quali l'aborto è possibile esclusivamente qualora la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo di vita per la donna, e quando

(2003), su cui G.F. FERRARI, *La giurisprudenza della Corte Suprema americana nel biennio 2002-2003*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2003.

siano accertati processi patologici che determinino un grave pericolo per salute fisica o psichica della donna).

A questo punto, occorre analizzare la scelta dell'*overruling* operata in *Dobbs* da tre punti di vista: quello interpretativo, e del pensiero costituzionale che la decisione traduce; quello dell'impatto politico-istituzionale all'interno degli Stati Uniti; e quello, più ampio, del significato che assume in dimensione transnazionale e quale manifestazione di un perdurante, e per certi versi rinnovato, assetto patriarcale, caratterizzato da una violenza strutturale e istituzionale nei confronti delle donne.

3. *Dobbs* e l'interpretazione originalista

Iniziando a riflettere sul primo aspetto, quello relativo all'interpretazione adottata dalla Corte Suprema, è stato già segnalato da tutti i commentatori e le commentatrici, all'indomani della decisione, che la sentenza fa proprio, in modo forte e identificativo, un approccio originalista, con il quale i giudici vanno alla ricerca dell'intento originario dei costituenti cristallizzandolo e negando la legittimità di un'interpretazione evolutiva volta a riconoscere, anche a partire dalle esigenze provenienti dalla società, nuovi e diversi diritti. Il precipitato di questa teoria nel caso in questione è ben rappresentato dalla forza con cui l'opinione di maggioranza critica radicalmente la scelta operata dalla Corte negli anni Settanta, definita come *egregiously wrong*²²: la Corte infatti avrebbe occupato un posto che non le spettava, riconoscendo un diritto costituzionale all'aborto senza che ve ne fosse traccia all'interno della Costituzione, e nella totale assenza di un orientamento in tal senso da parte dei costituenti.

Questo orientamento sulla (pressoché im)possibile individuazione di ulteriori diritti costituzionali rispetto a quelli espressamente sanciti, non è certamente univoco, se è vero, ad esempio, che nel 2015 la sentenza *Obergefell v. Hodges*²³ ha riconosciuto il diritto al matrimonio tra le persone dello stesso sesso. Certamente, l'individuazione di nuovi diritti, quando essi non siano radicati nella tradizione americana, deve poggiare sulla loro riconducibilità alla dimensione centrale della libertà presente nel Quattordicesimo Emendamento (la *liberty* divenuta centrale in *Casey*), ed è sul *right to privacy* (fatto emergere anche dalla *penumbra* di altri diritti

²² Cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., spec. p. 44.

²³ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), sulla quale si rinvia in particolare a A. SPERTI, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, in *Genius*, n. 2/2015, e più ampiamente, sulla storia giurisprudenziale dei diritti LGBT e specificamente sul percorso che ha condotto al riconoscimento del *same sex marriage* EAD., *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, vol. 14, Hart Studies in Comparative Public Law, Hart Publishing, Oxford, 2017.

costituzionali contenuti all'interno del *Bill of Rights*) che la sentenza *Roe* aveva costruito il riconoscimento del diritto all'aborto, così come nel 2003, sempre in relazione al *right to privacy*, in *Lawrence v. Texas*, erano state ritenute incostituzionali le *sodomy laws*, lesive del diritto ad avere rapporti consensuali non procreativi (nel caso specifico delle leggi del Texas in particolare del diritto ai rapporti omosessuali, gli unici sanzionati in quello stato, a differenza di quanto accadeva in altri che censuravano la sodomia in quanto tale)²⁴.

In *Dobbs*, invece, la corte recupera la visione puramente originalista del *dissent* di Alito nella sentenza sul matrimonio omosessuale, e applica rigorosamente (si fa per dire, come emergerà a breve) il canone della storia per escludere l'aborto dalla sfera dei diritti fondamentali²⁵.

Tra gli interrogativi che si pongono, leggendo la sentenza, uno riguarda proprio "l'originalità dell'originalismo" di *Dobbs*: ci si chiede cioè se questa maggioranza di sei giudici, questo blocco che così attivamente sta spingendo la Corte attraverso una vera e propria politica giudiziaria ideologicamente connotata, possa essere identificata attraverso l'approccio *tout court* originalista, oppure se vada aggiunto altro²⁶.

Sono interessanti le riflessioni di Balkin, che sembrano collocare *Dobbs* più nell'alveo del *traditionalism* che dell'*originalism*²⁷.

Alito, infatti, riprendendo, come già accennato, la *dissenting opinion* in *Obergefell*, adotta un approccio in base al quale è irrilevante che un diritto sia ritenuto molto importante se esso non risulta profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione, e, al fine di decidere se un diritto è profondamente radicato, bisogna verificare se esiste una lunga storia di riconoscimento e tutela del diritto in questione, cosa che non sarebbe rinvenibile nel caso del diritto all'aborto.

²⁴ Si veda sempre su questo V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005.

²⁵ Si tratterà di capire "quale storia"; parla di *cherry-picked history* A. GOU, *Cherry-picked history: Reva Siegel on "living originalism" in Dobbs*, in *SCOTUSblog*, 11 agosto 2022, disponibile all'indirizzo www.scotusblog.com/2022/08/cherry-picked-history-reva-siegel-on-living-originalism-in-dobbs/.

²⁶ Sull'originalismo in *Dobbs*, letta in fase di *draft*, cfr. C. BOLOGNA, *Aborto e originalismo dei diritti*, in *Rivista Il Mulino*, 23 maggio 2022.

²⁷ Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition - Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 8 luglio 2022, disponibile all'indirizzo balkin.blogspot.com/2022/07/more-on-text-history-and-tradition.html; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 12 luglio 2022, richiama, per una recente ricostruzione delle diverse letture dell'originalismo, L.P. VANNONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *DPCE online*, n. 2/2021, pp. 499 ss.

Questo test di verifica della fundamentalità di un diritto nell'alveo della *due process clause* viene ricavato da Alito dalla decisione *Washington v. Glucksberg* del 1997²⁸, quando la Corte aveva ritenuto che il diritto al suicidio assistito non rientrasse tra i diritti derivanti dalla *due process clause* di cui al Quattordicesimo Emendamento; ma in realtà *Glucksberg* riconosceva il diritto all'aborto come protetto costituzionalmente, ed è comunque precedente a casi successivi che hanno invece adottato un diverso approccio (ci si riferisce alle già citate *Lawrence v. Texas* e *Obergefell v. Hodges*), ritenendo che l'idea che la libertà debba essere qualificata in modo circoscritto, e vincolata dal richiamo ad una storia e tradizione specifica, senza le quali di libertà costituzionale non sarebbe possibile parlare, se può essere opportuna rispetto ad alcuni diritti, quale quello oggetto della decisione in *Glucksberg*, non lo è per altri diritti fondamentali, quali quelli relativi al matrimonio o alla sessualità.

Alito svolge invece una minuziosa ricostruzione storica in materia di disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, ma è una ricostruzione chiaramente orientata. Basti pensare alla lettura che opera della *common law*, e delle opinioni espresse da Hale e Blackstone, secondo i quali un soggetto avrebbe potuto essere incriminato se attraverso un aborto avesse provocato la morte di una donna. La lettura *anti-choice* di queste posizioni manca infatti di considerare che esse erano volte a proteggere la vita delle gestanti, piuttosto che dell'*unborn human being*²⁹. Ma al di là dello scarso rigore ricostruttivo, bisognerebbe ricordare che sempre alla tradizione giuridica di *common law* è riconducibile il fondamento della distinzione tra violenza sessuale endomatrimoniale e altre forme di violenza sessuale³⁰, e proprio Hale e Blackstone ritenevano motivata l'esenzione di questa "particolare" fattispecie dalla criminalizzazione dello stupro, in base all'applicazione combinata della dottrina della copertura e del consenso implicito³¹. Ciò per dire che rivolgersi alla tradizione non è sempre, necessariamente, compatibile con i principi del costituzionalismo.

²⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

²⁹ Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition*, cit.

³⁰ Si consenta di rinviare sul tema a E. STRADELLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, spec. pp. 246 ss.

³¹ Cfr. A. TARAFDER, A. GHOSH, *The Unconstitutionality of the Marital Rape Exemption in India*, in *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, vol. 3, n. 2/2020; R. RYAN, *The Sex Right: A Legal History of the Marital Rape Exemption*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n. 4/1995, spec. pp. 941 ss.; C.A. MACKINNON, *Rape Redefined*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, 2016, pp. 431 ss.

Com'è stato ricordato, se una tradizione riflette regole di condotta manifestamente contrarie alla giustizia o al senso di umanità, essa perde l'autorità morale che le serve per guidare le decisioni successive³².

E dunque l'originalismo, *a fortiori* in questa versione tradizionalista, risulta per sua "natura" inutilizzabile in una prospettiva orientata al genere, poiché un'interpretazione che cristallizzi il momento nel quale la Costituzione degli Stati Uniti (così come gran parte delle altre Costituzioni) è stata approvata, cercando di salvaguardare (ad ogni costo) l'intento e l'ideologia costituzionale presenti in quella fase, sarebbe inevitabilmente influenzata dalla fondazione asimmetrica che caratterizza molte Costituzioni, e sicuramente quella statunitense: un patto costituente del quale le donne non sono state parte, perché ancora escluse dai diritti politici. Così come un'interpretazione che si avvalga di una tradizione costruita attraverso una storia fatta di sottomissione e subordinazione femminile. Quale sarebbe l'utilità di segnalare che nel XIII secolo non era riconosciuto il diritto alle donne di abortire, considerato che pressoché nessun diritto era loro riconosciuto?

In questo senso in *Dobbs* l'originalismo si fonde per un verso con l'accentuato testualismo di un approccio formalistico ancorato al dato letterale, per altro con una tendenza evidentemente tradizionalista, che emerge con chiarezza dalla lettura dell'*opinion of the Court*, poco concentrata sul significato originario che la *due process clause* assumeva al momento dell'adozione del V Emendamento o dell'adozione del XIV Emendamento, quanto piuttosto rivolta a cercare nella tradizione un diritto fondamentale implicito, attraverso il *test* utilizzato in *Glucksberg*.

L'effetto è comunque quello di impedire quell'interpretazione costituzionale evolutiva che nei decenni, attraverso una Corte Suprema viva e attiva all'interno della forma di governo, ha permesso di tradurre la Costituzione più antica al mondo in spazi sempre nuovi di eguaglianza e progresso civile e sociale. Negare la legittimità dell'interpretazione evolutiva equivale di fatto a negare una parte fondamentale della storia statunitense, operando una scelta di vera e propria politica costituzionale, a dispetto del richiamato originalismo. Ed è proprio questo che fa la Corte, seppur ammantando di tecnicismo e formalità la decisione, apparentemente orientata, in larga parte, su una questione di rapporti tra diritto statale e diritto federale.

L'affermazione dell'approccio dichiaratamente originalista appare dunque strumentale al tentativo di attivare per via istituzionale un *gender backlash*, come appare evidente soprattutto dalle parole della *concurring opinion* del giudice Thomas, nella quale l'*overruling* di *Roe* è presentato come l'inizio di un percorso di ripristino della legalità costituzionale attraverso la progressiva cancellazione di

³² Cfr. J. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition*, cit.

sentenze della Corte Suprema considerate illegittimamente “normative”: il riferimento va in particolare alle già citate *Griswold v. Connecticut*, *Lawrence v. Texas*, e *Obergefell v. Hodges*.

Certo il tradizionalismo della maggioranza di questa Corte non riguarda soltanto le questioni di genere. Su questa linea si colloca anche *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, pubblicata proprio il giorno prima della sentenza *Dobbs*, con la quale la Corte ha stabilito che il Secondo e il Quattordicesimo Emendamento fondano il diritto individuale di portare armi per la propria difesa personale in luogo pubblico e che la legge dello stato di New York (risalente addirittura al 1911), che stabiliva la condizione per cui il soggetto avrebbe dovuto dimostrare una particolare necessità per poterlo fare, avrebbe violato tale diritto (si veda Passaglia, in questo Focus). E le ragioni valide per limitarlo non potrebbero che ricavarsi, anche questa volta, dalla “tradizione storica della nazione”.

Come ha scritto Giuliano Amato su “*Il Manifesto*” del 28 giugno scorso, non ci sono dubbi sul fatto che se leggiamo la Costituzione americana troviamo il diritto a portare le armi e non troviamo il diritto all’aborto. Sembra però esserci una contraddizione nella struttura che l’approccio della maggioranza di questa Corte presenta, nel tempo della crisi dello stato di diritto e della democrazia (“bloccata”, come la definisce sempre Amato nell’articolo citato). Alito, infatti, scrive che non esistendo un diritto costituzionale all’aborto questo può essere oggetto di deliberazione politica, e le donne, per la rivendicazione dei loro diritti, hanno a disposizione gli strumenti che l’eguaglianza politica offre loro per porre i loro interessi e le loro istanze al centro del dibattito e tradurli in legislazione.

Il problema però non è soltanto che la democrazia rappresentativa presenta evidenti e noti problemi di funzionamento nel contesto nord-americano, dove particolarmente scarsa è la partecipazione politica, pressoché costante il contenzioso elettorale, anche per il frequente tentativo dei detentori del potere di controllare e guidare il voto (basti pensare al noto fenomeno del c.d. *gerrymandering*³³), ma anche che lo stesso ragionamento non è stato applicato il giorno precedente al caso del porto pubblico di armi. In questa materia è stata infatti recentemente approvata da parte del Senato una legge federale che mirerebbe a limitare il possesso di armi³⁴, eppure la Corte non sembra averne tenuto conto nella sua decisione. Certamente, in questo caso il Secondo Emendamento è scritto, e un approccio testualista, che accompagna quello

³³ Sul tema si consenta, nell’ampia letteratura esistente, di rinviare a E. STRADELLA, *Dai rotten boroughs a oggi: il lungo viaggio verso la rappresentanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2017, pp. 954 ss.

³⁴ Disponibile all’indirizzo www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/736/text.

tradizionalista, non potrebbe non tenerne conto, ma sembra comunque che vengano utilizzati molti pesi e molte misure per il *self restraint* nei confronti dei processi deliberativi.

D'altra parte, molto diverso nei due casi è anche l'approccio ai rapporti tra diritto federale e diritto statale, se è vero che nella sentenza sulle armi la maggioranza della Corte non si pone troppi problemi a dichiarare incostituzionale una legge approvata più di un secolo fa dallo stato di New York, limitando l'autonomia statale e rifederalizzando la questione; mentre nella sentenza sull'aborto si censura proprio la limitazione all'autonomia statale che il precedente di *Roe* aveva determinato, lasciando alle "virtù locali"³⁵ la definizione delle regole sull'interruzione volontaria della gravidanza.

4. *Dobbs* e il suo impatto politico-costituzionale negli Stati Uniti

Si giunge così al secondo punto, che tocca vari profili: quello dell'impatto sulle relazioni tra Federazione e Stati, ma anche sulle relazioni orizzontali tra gli Stati, quello dell'impatto sull'eguaglianza di genere, e gli effetti endogeni e esogeni della sentenza, nel quadro dei *checks and balances* del costituzionalismo statunitense.

La sentenza determina uno slittamento del diritto all'aborto dal piano federale, garantito finora attraverso la sentenza *Roe v. Wade*, a quello statale.

Oltre al fatto che tale scelta è discutibile perché non sembra collocarsi in una tendenza omogenea alla valorizzazione dell'autogoverno statale, ma rispondere all'esigenza estremistica di consentire l'espansione di legislazioni statali fortemente repressive dell'autonomia riproduttiva, l'impatto in termini di eguaglianza è evidente: stati diversi (che equivale a dire stati repubblicani e stati democratici) avranno discipline anche radicalmente diverse. Così le differenze politiche si tradurranno in asimmetrie nel riconoscimento dei diritti e, infine, in una strumentalizzazione dei corpi delle donne, oggetto di un conflitto civile e politico che questa sentenza rende ancora più drammatico. L'ulteriore radicalizzazione delle posizioni, e come questo si traduca negli interventi, spesso scomposti, dei singoli Stati, è emersa fin dalle prime settimane successive alla decisione della Corte Suprema.

Tale conflitto si manifesta chiaramente nell'emanazione, a pochi giorni dalla pronuncia in commento, dell'*executive order* "*Protecting Access to Reproductive Health Care Services*"³⁶, con il quale il Presidente Biden ordina alla sua

³⁵ Per questa idea, cfr. P. CAROZZA, *L'«arte» della democrazia e il «gusto per la libertà locale»*, in M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2009.

³⁶ Disponibile all'indirizzo www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/07/08/fact-sheet-president-biden-to-sign-executive-order-protecting-access-to-reproductive-health-care-services/.

amministrazione di adottare una serie di misure delle quali dar conto entro 30 giorni dall'emanazione dell'ordine esecutivo. Tra queste misure si segnala in particolare la garanzia dell'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, incluso l'accesso ai farmaci abortivi, il pieno accesso alla contraccezione, la promozione di una informazione e di una formazione adeguata sui diritti riproduttivi, il sostegno agli strumenti gratuiti di tutela legale per le donne e per le associazioni che accompagnano nel percorso verso l'aborto legale e alla possibilità di spostarsi da uno stato all'altro per ottenere i servizi sanitari di cui si ha bisogno, tra cui l'interruzione volontaria della gravidanza; va ricordata inoltre la particolare attenzione alla garanzia della *privacy* delle donne che cercano informazioni, anche tramite piattaforme digitali, sull'accesso all'aborto, l'istituzione di una *Task Force on Reproductive Health Care Access*. È evidente che l'utilizzo dei poteri esecutivi presidenziali quale strumento di attenuazione degli effetti di una decisione della Corte Suprema, espressamente denunciata quale attacco ai diritti fondamentali delle donne, al di là dell'opportunità sostanziale dei provvedimenti assunti e dell'utilità delle misure disegnate, rappresenta un ulteriore passaggio del conflitto tra poteri.

Un conflitto che vede come protagonista il giudiziario, nel momento in cui, com'è stato scritto, l'*opinion of the Court* "finisce per ridurre al minimo la tradizionale funzione contro-maggioritaria del controllo di costituzionalità, da un lato, e per ricondurre la garanzia dell'autonomia della persona davanti all'azione del potere in modo pressoché esclusivo ai meccanismi tipici del circuito democratico-rappresentativo, dall'altro"³⁷. Un circuito democratico-rappresentativo che, peraltro, come già sottolineato, non si contraddistingue certamente per buon funzionamento, efficacia, trasparenza.

L'invito alla prudenza rintracciabile nell'opinione concorrente di Roberts, sulla quale si tornerà (dove il giudice giunge allo stesso *judgment*, ritenere non incostituzionale la legge del Mississippi, ma attraverso un percorso argomentativo diverso), che sottolinea come la decisione sulla legge restrittiva del Mississippi non richiedesse di arrivare al punto di cancellare il diritto all'aborto riconosciuto nella sentenza *Roe*, non è stato accolto. Quell'invito disegnava anche un possibile diverso ruolo della Corte rispetto al legislatore, e sembrava salvare, anche se solo in parte, la sua natura *counter-majoritarian*.

Ma non è solo il ruolo della Corte verso l'esterno, ed in relazione agli altri poteri, ad essere messo in discussione; la stessa legittimazione reciproca all'interno della Corte entra, con *Dobbs* e le altre sentenze del 2022, in una crisi profonda, chiaramente visibile se si leggono tutte le *opinions* e si constata il contrasto radicale tra le posizioni espresse, tra le quali manca riconoscimento, possibilità di dialogo

³⁷ Cfr. S. PENASA, *People have the power!*, cit., p. 5.

intorno ad alcuni principi comuni³⁸. Una delegittimazione che agisce peraltro trasversalmente, rispetto alla concezione dei poteri e della forma di governo, delle garanzie costituzionali, e della tutela dei diritti fondamentali.

Sonia Sotomayor, durante gli *oral arguments*, si chiede se “*Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts?*”³⁹. Sono parole molto dure quella della Giudice, che condanna la natura di progetto politico della decisione non soltanto per l'impatto sostanziale che questo determina sulle relazioni tra le istituzioni, ma anche perché con essa oltre all'imparzialità e all'autorevolezza della Corte viene meno l'apparenza di imparzialità e autorevolezza: è la *public perception* ad essere messa in crisi, forse irreparabilmente; il fatto che considerazioni così amare provengano da Sotomayor, progressista fiduciosa nel ruolo contro-maggioritario della Corte all'interno del sistema costituzionale nord-americano⁴⁰, mostra come sia in atto uno sgretolamento dall'interno dell'organo in grado di incidere profondamente sugli equilibri tra i poteri. La mancanza di credibilità, legittimazione, autorevolezza, che derivano alla Corte dall'essere strumento della *rule of law*, e non della *rule of politics*, incide sul delicato fenomeno della *compliance*, che deve realizzarsi all'interno delle fitta rete delle relazioni che si instaurano tra istituzioni politiche, compreso appunto il supremo giudice federale, e attraverso la quale soltanto è possibile garantire l'effettiva penetrazione delle decisioni costituzionali nel tessuto normativo e sociale dell'ordinamento. “*The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint*”, scrive il

³⁸ Su questo *ibidem*. Un fattore che certamente ha contribuito a determinare questi fenomeni è la progressiva, sempre più accentuata, politicizzazione del processo di nomina dei giudici, peraltro concentrata su alcune *issues* ritenute cruciali. E tra queste il diritto all'aborto, o meglio, la posizione rispetto al precedente di *Roe*, ha negli ultimi decenni rappresentato un vero e proprio banco di prova per gli aspiranti giudici supremi. Basti ricordare che la più discussa bocciatura di un *justice* da parte del Senato è stata quella di Robert Bork, proposto dal Presidente Reagan nel 1987, figura di assoluto prestigio professionale, e rifiutato dal *Senate Committee on the Judiciary* anche grazie ai voti dei repubblicani. Questo è accaduto perché durante le *hearings* aveva manifestato posizioni estremamente conservatrici che includevano un'ideologia interpretativa originalista la cui applicazione lo avrebbe condotto a promuovere l'*overruling* di *Roe v. Wade*. Sulla politicizzazione, cfr. C. BOLOGNA, «Parlare con la voce di un giudice»: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti, in *Rivista Il Mulino*, n. 6/2020, pp. 1060 ss.

³⁹ Disponibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf, p. 15

⁴⁰ Le sue posizioni sono ben espresse in S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, 2014, trad.it. Il Mulino, Bologna, 2017.

giudice Stone in *United States v. Butler*⁴¹, ben consapevole però che il *self-restraint* non era, né certamente è, l'unico strumento di controllo (e relativo invero) dell'esercizio del potere di *judicial review* della Corte Suprema. I giudici agiscono infatti all'interno di un contesto politico che mette costantemente alla prova, e costantemente verifica la ragionevolezza e l'accettabilità delle loro decisioni. Com'è stato autorevolmente scritto, la Corte ha "l'ultima parola" per un istante, ma dal momento immediatamente successivo inizia un processo di interazione tra i soggetti istituzionali (Congresso, Presidente, agenzie, Stati, associazioni professionali, dottrina, e, più in generale, opinione pubblica) che rappresenta l'effettiva modalità di "esecuzione" della decisione, e la forma con cui essa trova (o non trova) accoglimento all'interno del sistema⁴².

Particolarmente significativa in tal senso è la vicenda che ha accompagnato il famigerato caso *Dred Scott*, come ci ricorda di recente Elisabetta Grande, quando una decisione politica e faziosa della Corte Suprema "costò la disobbedienza immediata dei legislatori e delle Corti Supreme degli Stati del nord, che tennero in completo non cale la sua pronuncia. La sua reputazione era, infatti, andata distrutta e prima di riuscire a riconquistarla passò parecchio tempo. Solo attraverso un'immagine di assoluta neutralità politica della Corte, che sia percepita dall'opinione pubblica come bocca della carta costituzionale voluta dal popolo statunitense, è insomma possibile superare la *counter majoritarian difficulty* su cui Bickel si interrogava"⁴³.

Quando in *Dred Scott v. Sandford*⁴⁴, alla vigilia della guerra di secessione, la Corte afferma che la Costituzione degli Stati Uniti non prevedeva l'attribuzione della cittadinanza americana a persone afro-americane, perché esse non potevano essere ritenute incluse nel termine "cittadini" utilizzato dalla Costituzione stessa, indipendentemente dal fatto che fossero schiavi o liberi, e che dunque nessuno dei diritti derivanti dal possesso della cittadinanza americana poteva essere riconosciuto ai neri, neppure qualora fossero stati liberati, la Corte assume una decisione spiccatamente politica ammantandola, come nel caso di *Dobbs*, di testualismo e tradizionalismo. Per un verso infatti la maggioranza (addirittura di 7 – 2) si àncora al testo della Costituzione del 1787, per altro il *Chief Justice* Taney fonda la decisione su un'ampia analisi delle legislazioni statali e locali a partire

⁴¹ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 79 (1936).

⁴² Cfr. L. FISHER, *American Constitutional Law*, 6th edition, Carolina Academic Press, Durham, 2005, pp. 1023 ss.

⁴³ E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022. Il riferimento va al ben noto A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

⁴⁴ Cfr. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

dall'adozione della Costituzione, la quale avrebbe mostrato che “*perpetual and impassable barrier was intended to be erected between the white race and the one which they had reduced to slavery*”. E, altro sintomo comune, anche in *Dred Scott* come in *Dobbs*, di una decisione che cela, dietro l'apparente tecnicismo, un'opzione politica ben definita, è l'ampiezza della pronuncia, che esula dal *petitum*. Sull'eccesso di *Dobbs*, che arriva all'*overruling* di *Roe* senza che fosse necessario, si è fatto cenno e vi si tornerà discutendo della *concurring* di Roberts, ma lo stesso è avvenuto secoli prima con *Dred Scott*⁴⁵. Com'è noto quella sentenza contribuì all'esacerbazione del conflitto che condusse alla guerra civile, e venne sepolta dall'approvazione del Tredicesimo e del Quattordicesimo emendamento.

Si ripropone oggi uno scenario segnato da profonde fratture tra gli stati, abortisti e antiabortisti, dalla mancata accettazione della decisione da parte del governo e di una larga parte della società, e il dibattito sulla credibilità della Corte è destinato ad accentuarsi tra proposte di nuovi *Court packages plans* (su cui si può leggere, in questo Focus, l'intervento di D. CASANOVA, *Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di Life tenure, Court-packing e Filibuster*), di interventi sulla durata del mandato, e aperte dichiarazioni di reciproca delegittimazione all'interno del collegio.

4.1 *Dobbs* e l'invisibilizzazione delle donne

L'impatto politico-istituzionale della decisione in commento passa anche attraverso un impatto, culturale e concreto, sulle donne, sui loro corpi, nonché sul loro statuto sociale e giuridico all'interno del sistema nord-americano.

La lettura della sentenza mostra già la scarsa attenzione che la maggioranza rivolge alle donne, uniche possibili titolari del diritto di cui si tratta, eppure sostanzialmente assenti dalle argomentazioni giuridiche che si pongono a fondamento della decisione.

Come è stato sottolineato nelle prime riflessioni sulla pronuncia⁴⁶, è difficile trovare il termine *women* nella lunga dissertazione dell'*opinion of the Court*. Il testo, in verità, non è neppure incentrato, come ci si potrebbe aspettare, sulla soggettività dell'*unborn human being*, perché tutto sembra rivolgersi al ridisegno dell'equilibrio istituzionale, al ruolo della Corte Suprema rispetto all'esercizio della sovranità popolare, all'ambito applicativo del principio dello *stare decisis*, mentre sembrano assenti attori che pure hanno animato altri precedenti della Corte Suprema: la vita, prima e dopo la nascita, l'autodeterminazione. Quest'ultima, in particolare, ha rappresentato a partire da *Griswold*, e nell'approdo di *Roe*, l'elemento centrale intorno al quale sono stati costruiti i diritti sessuali e

⁴⁵ E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima*, cit.

⁴⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *Dobbs v. Roe*, cit., ma soprattutto l'intervento cit. *supra*.

riproduttivi: con *Griswold* la costruzione della sfera dell'intimità e della privacy avviene proprio a partire dalle decisioni in ambito sessuale, e ciò nonostante un approccio tradizionalista non avrebbe invece condotto alla risposta fornita dalla Corte Suprema nel 1965, dato che fino a quel momento erano sempre state in vigore leggi statali che vietavano la *fornication*. Il riferimento pressoché esclusivo all'autodeterminazione, e l'assolutezza attribuita a questo principio/condizione, rendevano evidentemente protagonista la donna delle scelte riguardanti il suo corpo e la sua realizzazione personale; ed è questo ciò che inizia ad essere messo in discussione, come ricordato, a partire dal caso *Gonzales*, nel momento in cui cresce il novero degli interessi pubblici che possono e debbono entrare nel bilanciamento con l'autodeterminazione, a partire dalla dignità, introducendo nella tutela dei diritti sessuali e riproduttivi una maggiore discrezionalità valutativa, un possibile riflesso collettivo in grado di veicolare valori che spostano il discorso dal versante soggettivo a quello oggettivo.

Il discorso di *Dobbs* dimentica, così, più facilmente, le donne come soggetti di diritto e come individui le cui esistenze saranno travolte dalla soppressione di un diritto costituzionale che per decenni ha garantito loro una piena libertà di autodeterminarsi materialmente e di controllare i propri corpi. Dimentica anche, a ben vedere, quegli argomenti pseudo-femministi che a partire dagli anni Ottanta, come già accennato, avevano spostato il baricentro degli interventi antiabortisti dalla rappresentazione, e conseguentemente tutela, del feto come persona, alla vittimizzazione della donna che abortisce compromettendo la sua salute fisica e mentale. Argomenti che rendevano, e rendono, alla donna, una visibilità ingannatrice, paternalistica e distorsiva⁴⁷, comunque assente, anche in questa forma, da *Dobbs*, quasi che la maggioranza della Corte non abbia più bisogno neppure di questo tipo di falsificazione per affermare la propria *policy* in materia di aborto, e la propria ideologia in materia di diritti fondamentali, guidata da un approccio, per lo più strumentale, concentrato sulla separazione dei poteri e il *system of government*.

D'altra parte, l'invisibilizzazione può avvenire in molti modi diversi, e per certi versi la stessa *Roe* non faceva luce su tutti gli aspetti della relazione che intercorre tra autonomia riproduttiva, autodeterminazione femminile, eguaglianza di genere. È ben noto come la sentenza fosse stata criticata da molte giuriste femministe, tra cui si ricordi Catherine Mac Kinnon⁴⁸ (ma la stessa Ruth Bader Ginsburg riteneva

⁴⁷ Cfr. S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit., e, citato anche dall'Autrice, R.B. SIEGEL, *The Rights' Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman-Protective Antiabortion Argument*, in *Duke Law Journal*, n. 57/2008.

⁴⁸ Cfr. C. MACKINNON, *Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, pp. 93 ss. Interessante l'analisi svolta da A. LEVER, *Must Privacy and Sexual Equality Conflict? A Philosophical Examination of Some Legal Evidence*, in *Social*

la decisione non del tutto soddisfacente, anche perché avrebbe a suo avviso assorbito il movimento democratico per la liberalizzazione dell'aborto che avrebbe potuto costruire il consenso all'aborto su fondamenta più solide e durature⁴⁹), per il suo pressoché esclusivo riferimento alla *privacy*, e per aver dunque messo in ombra il profilo dell'eguaglianza. *Roe*, collocandosi sulla scia di *Griswold*, aveva posto al centro della scena la *self-determination* senza prendere neppure parzialmente in considerazione il rapporto tra aborto e *welfare state*, e sancendo un ritiro del sistema pubblico dalle scelte riproduttive che nascondeva non solo la pluralità degli interessi in gioco, ma la pluralità delle soggettività femminili, trascurando il ruolo essenziale dei pubblici poteri, e dei legislatori, nella garanzia dell'autodeterminazione, affinché di autodeterminazione possa effettivamente trattarsi, e non di un esercizio solo apparente di libertà, soprattutto quando l'interruzione della gravidanza avviene in condizioni sociali di sostanziale limitazione delle possibilità di scelta, che soprattutto donne razzializzate, minoritarie, povere, rischiano di subire⁵⁰.

Con questo non si intende certo sostenere che se *Roe* fosse stata argomentata su altre basi non si sarebbe giunti alla decisione di *Dobbs*, perché, per tutte le ragioni che si sono già esposte, è evidente che non erano veramente in questione, almeno per cinque dei sei giudici della maggioranza (solo in parte si potrà distinguere il ragionamento per quanto riguarda il *Chief Justice*), profili di costituzionalità, ma opzioni politiche.

4.2 La *concurring opinion* del *Chief Justice* Roberts

Research: An International Quarterly of the Social Sciences, 67, n. 4/2000, disponibile su SSRN.

⁴⁹ Diversi sono stati nel tempo gli interventi della giudice RBG su *Roe v. Wade*, tra questi si veda in R.B. GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, n. 6/1992, vol. 67, pp. 1185 ss., e EAD., *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, vol. 63, n. 2/1985, pp. 377 ss.

⁵⁰ Negli ultimi anni non è mancata una lettura dei diritti riproduttivi in chiave intersezionale, si segnalino tra gli altri lavori, K. PRICE, *It's Not Just About Abortion: Incorporating Intersectionality in Research About Women of Color and Reproduction*, in *Women's Health Issues*, vol. 21, n. 3/2011; S.D. THAKKILAPATI, *Better Mothers, Good Daughters, and Blessed Women: Multiple Femininities and Intersectionality in Abortion Narratives*, in *Frontiers*, vol. 40, n. 1/2019; A.L. SOLAZZO, *Different and Not Equal: The Uneven Association of Race, Poverty, and Abortion Laws on Abortion Timing*, in *Social problems*, vol. 66, n. 4/2019, pp. 519 ss.; T. ZAKIYA, *Reproductive rights as human rights: women of color and the fight for reproductive justice*, New York University Press, New York, 2020.

Se si ragiona delle conseguenze politico-istituzionali di *Dobbs* occorre dedicare almeno qualche riflessione alla prospettiva parzialmente diversa che avrebbe aperto il *reasoning* proposto dal *Chief Justice* Roberts.

Come già ricordato, Roberts scrive una *concurring in the judgement*, in quanto d'accordo con il dispositivo, e cioè con la validità costituzionale della legge del Mississippi, ma non del tutto con le argomentazioni che hanno condotto ad esso.

Il Presidente della Corte propone infatti una lettura più moderata e minimalista del caso in questione, caratterizzata dall'utilizzo di quel *judicial self-restraint* al quale l'opinione di maggioranza, proprio mentre si scagliava contro l'attivismo della Corte in *Roe*, non ha saputo ricorrere. Tale lettura farebbe salva la legislazione statale, senza però condurre all'*overruling* di *Roe* e di *Casey*: una posizione non molto diversa da quella adottata proprio nella decisione in *Casey*, che, attraverso un'accurata trattazione del principio dello *stare decisis*, salvava il nucleo duro di *Roe*, dando però la possibilità agli stati di disciplinare l'interruzione volontaria della gravidanza, anche in fasi abbastanza precoci della gestazione, senza toccare il contenuto essenziale del diritto costituzionale della donna.

Roberts ripropone sostanzialmente questo tipo di approccio, in base al quale, nel caso del *Gestational Age Act* del Mississippi, la legge sarebbe da considerarsi valida perché, sebbene non prenda in considerazione la *viability* del feto come spartiacque determinante nella regolazione dell'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, comunque mantiene il diritto nelle prime quindici settimane di gestazione. D'altra parte la questione da decidere in *Dobbs* era se "*all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional*", infatti, nel *petition of certiorari*, il Mississippi non chiedeva alla Corte di negare interamente il diritto di scelta sull'interruzione della gravidanza, facendo *overruling* di *Roe* e *Casey*, bensì soltanto dopo aver ottenuto il *certiorari*, ciò che Roberts mette chiaramente in evidenza⁵¹, lo Stato cambia posizione e giunge ad affermare che la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi con un *overruling*.

Per questa ragione, Roberts richiama il *fundamental principle of judicial restraint*, in ragione del quale "*if it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more*"⁵². Il Chief Justice sottolinea anche che questo approccio di *judicial restraint* non sarebbe stato utilizzabile se il *rationale* di *Roe* e di *Casey* fosse stato inscindibilmente intrecciato e dipendente dallo standard relativo alla possibilità/capacità per il feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno (la c.d. *viability* appunto). Ma così non è, tanto che Roberts ricorda che tutti i precedenti in questo ambito fondano il diritto costituzionale all'aborto sul diritto di scelta della donna, dunque la costituzionalità della legge del Mississippi che vieta l'aborto dalle 15 settimane (in un momento antecedente, dunque, il limite

⁵¹ Cfr. C.J. Roberts, 597 U. S. 1-2 (2022).

⁵² *Ibidem*, p. 2.

della *viability*) poteva essere sostenuta senza travolgere la dimensione costituzionale del diritto all'aborto. Un *self-restraint* opportuno e necessario soprattutto - ed anche questo risulta particolarmente interessante nella *concurring opinion* di Roberts - poiché sono molti i dubbi che si manifestano sulla questione: quando sono presenti dubbi così vari e radicati sarebbe evidentemente sconsigliato giungere ad un *overruling*. “Non sono sicuro ad esempio” - scrive Roberts - “che il divieto di interrompere la gravidanza a partire dal momento del concepimento debba avere lo stesso trattamento, da un punto di vista costituzionale, di un trattamento che agisce a partire dalla quindicesima settimana di gestazione”⁵³.

Sembra essere negli impliciti della sentenza di Roberts una proposta, per così dire, più europea. Un'idea di bilanciamento costituzionale che libera la discussione dalla contrapposizione *pro-life/pro-choice* (concentrandosi piuttosto sul contrasto *anti-choice/pro-choice*), inserendo nella valutazione la pluralità degli interessi e delle soggettività coinvolte. La *viability* non può rappresentare l'unico requisito, l'elemento decisivo nella regolazione: questo emerge chiaramente dal *reasoning* di Roberts, anche per la inevitabile variabilità dell'elemento, che muta in modo molto rapido in relazione allo sviluppo medico-scientifico e tecnologico.

Non si intende certamente attribuire a Roberts conclusioni o proposte che non ha scritto, e che evidentemente non avrebbero potuto trovare spazio in una *opinion* che si caratterizza per un maggiore *self-restraint* rispetto all'attivismo politico-giudiziale promosso dall'*opinion of the Court*. Ma l'argomentazione conduce a riflettere sui diversi modelli di relazione tra poteri nella regolazione dell'aborto, e su quanto questo aspetto, insieme all'equilibrio tra i diversi principi e valori posti in bilanciamento (e se il bilanciamento sia in effetti operato), incida sulla capacità delle regole di mantenere stabilità e di essere garantite dal *public enforcement*.

In questo senso, sebbene sia innegabile che *Roe*, giunta nel 1973 sull'onda delle rivendicazioni del *second wave feminism* in tema di diritti sessuali e riproduttivi, abbia esercitato un'importante influenza sul versante europeo, basti pensare non soltanto al percorso compiuto dalla corte di Strasburgo⁵⁴, ma, all'interno dei singoli

⁵³ *Ibidem*, 12, trad. di chi scrive.

⁵⁴ Si veda sul caso *A, B, C v. Irlanda*, L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, Nota a Corte eur. Dir. Uomo 16 dicembre 2010 (*A, B e C v. Irlanda*), in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. II/2011, pp. 445 ss. Più in generale, F. FABBRINI, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 18, n. 1/2011. Sul contenzioso che riguarda in particolare la Polonia, si veda anche E. CRIVELLI, *P.e.S. c. Polonia: la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2013, pp. 252 ss.

ordinamenti europei, alla sentenza della Corte costituzionale italiana del 1975⁵⁵, alla depenalizzazione dell'aborto nella legge della Germania federale⁵⁶, fino alla già citata legge n. 194, significative di un processo di circolazione dei modelli realizzatosi in una dimensione transnazionale, d'altra parte la storia europea presenta differenze importanti rispetto a quella nord-americana, e queste differenze possono essere utili oggi per aprire un'ulteriore chiave di lettura dell'*overruling* di *Roe*, e una prospettiva di superamento del conflitto che questo ha determinato, per quanto appare molto difficile ormai, se non impossibile, agire con gli strumenti del diritto costituzionale su dinamiche che sono eminentemente politiche. Ma proprio per la politicità che ha assunto il confronto la sede più idonea nel quale condurlo sembra essere quella parlamentare, d'altra parte fortemente compromessa, negli Stati Uniti, dal deficit democratico di cui già si è fatta menzione.

Va però precisato che la storia europea trova fondamento nel bilanciamento tra l'interesse dello stato alla protezione della vita prenatale, del diritto alla vita in quanto tale e della dignità umana in una dimensione almeno in parte oggettivizzata, con il diritto della donna alla salute (quella psico-fisica scientificamente considerata), e, in parte, all'autodeterminazione.

⁵⁵ Ci si riferisce alla sent. n. 27/1975, nella quale, come si ricorderà, la questione di costituzionalità si riferiva in particolare all'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi avesse cagionato l'aborto di una donna consenziente anche qualora fosse stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, senza che ricorressero gli estremi dello stato di necessità. La Corte ritiene la questione fondata, affermando che lo stato "della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c.p. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato". Inoltre, secondo la Corte la scriminante di cui all'art. 54 c.p. "si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare". Per queste ragioni viene dichiarata la parziale illegittimità costituzionale della disposizione del codice penale oggetto della questione, "nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato [...] e non altrimenti evitabile, per la salute della madre". Per la ricostruzione comparatistica più completa della circolazione di modelli, discorsi e pratiche di interruzione volontaria della gravidanza, cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2013.

⁵⁶ Su cui M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

Probabilmente questo approccio ha reso possibile una maggiore tenuta della legislazione, in larga parte degli ordinamenti europei (fatto salvo quanto si illustrerà nel prossimo e ultimo paragrafo), ed anzi avanzamenti nel senso dell'autodeterminazione, mentre la storia nord-americana è stata segnata dal conflitto, là dove il bilanciamento è stato operato *ex ante* in favore di una costituzionalizzazione dell'aborto come diritto costituzionale *tout court*, fondato individualisticamente sulla *privacy* e l'autonomia.

5. *Dobbs* e la regressione transnazionale nella tutela dei diritti di genere

Per concludere queste riflessioni, qualche considerazione deve essere svolta per mostrare come la decisione assunta dalla Corte Suprema nel caso *Dobbs* non possa essere letta soltanto all'interno dei confini geopolitici degli Stati Uniti. Va ricordato che le Corti, in moltissimi Paesi del mondo, hanno svolto un ruolo fondamentale nel delineare i confini dell'autonomia riproduttiva, e nel contribuire a identificare l'ordine nel quale si inscrivono le relazioni di genere all'interno della comunità di riferimento, e lo hanno fatto quasi sempre attraverso meccanismi di bilanciamento. Uno strumento derivante dalla tendenza a individuare all'interno delle Costituzioni, oltre ai diritti connessi alla salute e all'autodeterminazione della donna, anche un principio di protezione della vita umana prima della nascita, sia nei casi in cui ci siano previsioni che vi fanno espresso riferimento, sia dove si limitano a proclamare più genericamente il diritto alla vita. La giurisprudenza però, anche nei sistemi in cui il dovere del riconoscimento e della protezione del feto presenta un fondamento costituzionale, ha progressivamente fatto emergere livelli crescenti di autonomia in capo alle donne⁵⁷.

Questo fenomeno sembra vivere, in particolare a partire dal 2010, numerosi momenti di crisi; una crisi che oggi esplose all'interno di una più ampia tendenza al *gender backlash*, com'è stato definito: un "contraccolpo" per i diritti "di genere".

Gli interventi sul corpo delle donne e sull'autodeterminazione rappresentano una delle principali, sebbene non l'unica, manifestazione di questo arretramento, fortemente legata, peraltro, alla crisi dello stato di diritto che caratterizza gli ordinamenti segnati da gestioni populiste del potere, in cui rinvigorimento del patriarcato e indebolimento dei principi cardine del costituzionalismo sembrano sempre più integrarsi e confermarsi reciprocamente. In Europa, l'esperienza polacca offre un esempio lampante di come *constitutional retrogression*, attacco alla *rule of law* e patriarcato istituzionale si pongano in stretta relazione tra loro.

⁵⁷ Da ultimo si veda su questo percorso R. RUBIO MARÌN, *Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship. A Struggle for Transformative Inclusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, spec. pp. 111 ss.

La decisione assunta dal governo polacco di avviare l'uscita della Convenzione di Istanbul, per motivazioni che mirano a condannare la presunta ideologia che ne starebbe alla base, ivi compresa l'idea dell'esistenza del genere come categoria "socio-culturale", è significativa dell'affermarsi di un discorso politico, sempre più radicato nei Paesi anti-europeisti, in cui ai consueti argomenti populistici si mescola un linguaggio patriarcale intriso di discriminazione nei confronti delle donne e delle soggettività LGBTQI; e proprio in questi Paesi (Polonia e Ungheria *in primis*) sono state realizzate diverse politiche limitative dei diritti delle donne (oltre che delle soggettività minoritarie), in particolare della loro salute sessuale e riproduttiva, dell'autonomia, della dignità, dell'integrità psico-fisica.

È il Tribunale costituzionale polacco, come noto, a pronunciarsi, il 22 ottobre del 2020, per un inasprimento della normativa nazionale in materia di aborto, considerando costituzionalmente illegittimo il provvedimento che lo consentiva in caso di grave malformazione del feto; decisione, questa, immediatamente condannata dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, e su cui il Parlamento europeo è intervenuto con l'approvazione di una relazione, l'11 novembre 2021⁵⁸, che censura la sentenza e chiede alla Polonia di revocare il divieto di aborto e di garantire l'accesso libero e sicuro delle donne ai diritti riproduttivi. Proprio in questa relazione il Parlamento invita il Consiglio europeo ad affrontare la questione sottolineando la stretta correlazione tra una decisione come questa e la profonda crisi dello stato di diritto che sta attraversando il sistema polacco, anche a causa della progressiva politicizzazione della magistratura a tutti i livelli. Sempre il Parlamento europeo, d'altra parte, ha approvato il 7 luglio scorso, all'indomani della sentenza *Dobbs*, una risoluzione di condanna della regressione in materia di diritti delle donne e salute sessuale, e ha proposto l'inserimento del diritto all'aborto nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 7.

Sempre in Polonia, nel gennaio del 2021, peraltro, confermando l'orientamento del giudice costituzionale, era stata approvata una legge di divieto dell'interruzione volontaria della gravidanza in caso di grave malformazione del feto⁵⁹. Finché nel dicembre scorso, a seguito di una violazione manifesta del diritto dell'Unione europea da parte del Tribunale costituzionale che, con due sentenze del luglio e dell'ottobre 2021, ha messo in discussione il primato del diritto europeo su quello

⁵⁸ Disponibile all'indirizzo www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0455_IT.pdf.

⁵⁹ Sulle vicende polacche relative al progressivo sgretolamento della regolamentazione sull'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, cfr. J. WESOŁOWSKA, *Reproductive Rights: Private or Public Emotions? The Case of Polish Citizens' Abortion Bills*, in E. STRADELLA (ed.), *Gender Based Approaches to the law and Juris Dictio in Europe*, Pisa University Press, Pisa, 2020, spec. pp. 52 ss.

nazionale, violando i principi generali di autonomia, primato, effettività e uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione e l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia, e dunque l'art. 19 del Trattato sull'Unione europea, è stata aperta una procedura di infrazione nei confronti della Polonia. È evidente come il fenomeno del degrado costituzionale abbia una forte connessione con la regressione nei "diritti di genere" che si realizza attraverso discriminazioni istituzionali e arretramento dell'eguaglianza, e come quindi questo processo debba essere affrontato dal punto di vista europeo, contribuendo al dibattito di livello europeo sulla democratizzazione e lo stato di diritto, e fornendo un sostegno scientifico e teorico-politico al costituzionalismo europeo. È tuttavia fondamentale inquadrare tali processi nella loro dimensione globale, e dunque anche gli orientamenti dei populismi europei devono essere letti in relazione all'influenza esercitata dagli Stati Uniti. Se negli anni Settanta erano gli avanzamenti di *Roe v. Wade* a superare i confini nazionali per circolare attraverso le corti europee, negli ultimi anni gli Stati Uniti hanno promosso sul piano internazionale una strategia di contrasto ai diritti sessuali e riproduttivi, rafforzando in particolare la cooperazione con Paesi autoritari e contrari agli *women's rights*, certamente fautori di regolazioni rigide e repressive dell'autonomia riproduttiva femminile per l'indiscutibile legame esistente tra questa, l'autodeterminazione sociale ed economica delle donne e, infine, l'eguaglianza di genere⁶⁰.

⁶⁰ Ricorda S. MANCINI, *False science and misogyny*, cit., spec. p. 100, i rapporti di cooperazione di Trump con Arabia Saudita, Pakistan e Libia, ma anche che nel dicembre del 2020 la rappresentanza permanente degli Stati Uniti presso le Nazioni Unite ha indirizzato una lettera al Segretario generale nel quale si sosteneva che non esiste alcun diritto internazionale all'aborto, e si richiamava l'attenzione alla "*Geneva Consensus Declaration on Promoting Women's Health and Strengthening the Family*", dichiarazione che pone l'accento sul ruolo essenziale delle donne all'interno della famiglia e il loro contributo alla cura della famiglia e dei bambini, ed è stata promossa nel 2020 da Paesi tra cui, appunto, gli Stati Uniti, ma anche Uganda, Ungheria, Indonesia, Egitto e Brasile, nonché sottoscritta, in Europa, dalla Polonia (insieme ad una lista di Paesi, prevalentemente africani, piuttosto distanti dalla realizzazione dell'obiettivo di *gender equality* dell'Agenda ONU 2030).