



BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

1 23

Special Issue

a cura di

L. Busatta, M.P. Iadicicco,

B. Liberali, S. Penasa,

M. Tomasi



Special Issue || Gli Abortion Rights e il
costituzionalismo contemporaneo

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vaucher, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

Ferrara: Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Giulia Formici, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Veronica Valenti.

Napoli: Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: biodiritto@gmail.org

Website: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

March 2023

ISSN 2284-4503

© Copyright 2023



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



Front cover: Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Special issue n. 1/2023

Table of contents

Editoriale	1
<i>Lucia Busatta, Maria Pia Iadicicco, Benedetta Liberali, Simone Penasa, Marta Tomasi</i>	
 NON SOLO DOBBS: I RIFLETTORI (ANCORA) SULL'ABORTO	
Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future	5
<i>Elisabetta Grande</i>	
L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975	17
<i>Giuditta Brunelli</i>	
La legge 194: un dibattito riaperto	27
<i>Corrado Melega</i>	
 LA SENTENZA DOBBS E IL COSTITUZIONALISMO STATUNITENSE	
La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia	39
<i>Roberto Toniatti</i>	
Ex malo, bonum? Dilemmas (and Opportunities) as a result of Dobbs	53
<i>Francesco Clementi</i>	
La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti	63
<i>Antonia Baraggia</i>	
Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse	73
<i>Marco Dani</i>	
Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization	87
<i>Corrado Caruso</i>	
Il "caso Dobbs": originalismo "estremo" e crisi del costituzionalismo negli States	105
<i>Paolo Veronesi</i>	

Contents



Sentenza <i>Dobbs</i> e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell’attuale maggioranza della Corte Suprema americana	115
<i>Pietro Insolera</i>	
<i>Dobbs v. Jackson</i>: l’ultima trasformazione dell’originalismo passa dal corpo delle donne	175
<i>Graziella Romeo</i>	
ABORTO, FEMMINISMI E MOVIMENTI SOCIALI	
Per un’etica della differenza femminile	179
<i>Grazia Zuffa</i>	
La depenalizzazione dell’aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico	191
<i>Susanna Mancini</i>	
Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante	207
<i>Francesca Angelini</i>	
Prima di <i>Dobbs</i>. La scure dell’<i>Original intent</i> su cinquant’anni di nodi irrisolti in materia di aborto	217
<i>Valeria Marzocco</i>	
“¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer!”. La recente disciplina dell’interruzione volontaria di gravidanza in Argentina ed il ruolo dei movimenti femministi	235
<i>Carla Maria Reale</i>	
Libere davvero? L’effettività della legge n. 194/1978 alla prova: un caso studio nel veronese	253
<i>Bruna Mura, Lorenza Perini</i>	
TEMATICHE ATTUALI SULL’INIZIO DELLA VITA: DIRITTI FONDAMENTALI E NUOVE TECNOLOGIE	
Libero mercato delle idee e diritto alla verità: sui limiti alla libera manifestazione del pensiero in materia di aborto	271
<i>Lucia Busatta</i>	
“To Be or Not to Be: This is the Question”. L’Unborn Human Being nell’esperienza giuridica statunitense statale e federale prima e dopo il caso <i>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization</i>	291
<i>Laura Fabiano</i>	



Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente. La proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano nel nuovo scenario globale sull'aborto	319
<i>Alessandra Pisu</i>	
Abortion rights in EU law: recent developments	331
<i>Tamara Hervey, Tiyash Banerjee</i>	
«Under His Eye»: riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne a seguito della sentenza <i>Dobbs</i> della Corte Suprema degli Stati Uniti	343
<i>Sara De Vido</i>	
Femtech and the law (or a tale of how Eve fights to overturn Adam and take control over her body)	361
<i>Vera Lúcia Raposo, Sofia Palmieri</i>	
Il difficile bilanciamento tra dignità del feto e autodeterminazione della donna: analisi normativa della sepoltura dei feti nelle realtà statunitense e italiana	375
<i>Beatrice Perego</i>	
DOBBS IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE, TRA TENDENZE RESTRITTIVE E APERTURE RIFORMATRICI	
Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione europea: riflessioni a partire dal caso polacco.	387
<i>Stefania Flore</i>	
Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco	403
<i>Marta Tomasi</i>	
L'interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto?	417
<i>Marta Fasan</i>	
El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España	435
<i>Gonzalo Arruego</i>	
Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa	447
<i>Tullia Penna</i>	
Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle	

procedure abortive	461
<i>Irene Domenici</i>	
La disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza nella Repubblica di San Marino	473
<i>Licia Califano</i>	
Una breve nota sull'impatto della sentenza <i>Dobbs</i> in Ungheria	483
<i>Katalin Kelemen</i>	
L'interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali	489
<i>Andrea Perin</i>	
La saga della depenalizzazione dell'aborto in Messico	505
<i>Irene Spigno</i>	

Gli *Abortion Rights* e il costituzionalismo contemporaneo

Lucia Busatta, Maria Pia Iadicicco, Benedetta Liberali, Simone Penasa, Marta Tomasi

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti resa nel caso *Dobbs v. Jackson*, pubblicata il 24 giugno 2022, ha riaperto i riflettori sulle controverse e divisive questioni – non solo giuridiche – che ruotano intorno all’aborto. Il dibattito, invero, dagli anni Settanta ad oggi, oltreoceano e nel vecchio continente, non si è mai del tutto sopito e continua periodicamente a offrire occasioni per nuove e diverse riflessioni.

Le ragioni del perdurante interesse si trovano, con tutta evidenza, nel merito dei passaggi argomentativi della Corte Suprema e nell’impatto istituzionale che la sentenza ha determinato. L’eco mediatica, politica e giuridica della decisione non si è fatta attendere anche al di fuori degli Stati Uniti e ha ben presto risollevato la questione intorno ai c.d. *abortion rights* in molti altri ordinamenti.

Come le Autrici e gli Autori di queste pagine pongono sapientemente in evidenza, da differenti prospettive, l’approdo cui la Corte Suprema giunge con la sentenza *Dobbs v. Jackson* non era affatto inaspettato, né del tutto imprevedibile. Da oltre un decennio, ormai, negli Stati Uniti si assiste a una netta e costante pressione da parte di forze politiche e sociali (spesso contrapposte) e a un brulicare di riforme normative e di conseguenti decisioni giurisprudenziali più o meno dichiaratamente mirate ad arrivare alla Corte Suprema, con lo scopo di ottenere l’*overruling* di *Roe v. Wade* (1973).

Anche nel resto del mondo, però, gli ultimi anni sono stati attraversati da significativi mutamenti

di orientamento, che talvolta hanno cambiato radicalmente l’approccio giuridico alla questione. Da questo punto di vista (e ci torneremo), possiamo evidenziare una duplice tendenza: da un lato, un processo che ha condotto a una maggiore apertura rispetto alla possibilità di interrompere la gravidanza; dall’altro, orientamenti più restrittivi che, sebbene strenuamente contestati, stanno mettendo a repentaglio la libertà riproduttiva e il diritto alla salute delle donne.

Un elemento trasversale, che rappresenta un *fil rouge* che accomuna esperienze differenziate e specifiche di singoli ordinamenti, è certamente rappresentato dal ruolo che le corti e i movimenti sociali svolgono nell’orientare, e in alcuni casi produrre, i mutamenti normativi che caratterizzano il panorama comparato contemporaneo.

La sentenza *Dobbs* ha dimostrato in modo paradigmatico come misurarsi in prospettiva costituzionale e multilivello con il tema dell’aborto imponga di interrogarsi sulla tenuta e, dunque, sull’inevitabile evoluzione dei pilastri fondamentali del costituzionalismo, partendo dalle plurali concezioni che possono essere associate alla questione del rapporto tra potere e persona e, in ultima analisi, tra forme di manifestazione della sovranità popolare e garanzia dell’autonomia individuale. Muovendo da una delle argomentazioni cruciali utilizzate dalla Corte Suprema nella sentenza *Dobbs*, ossia quella dei diritti privi di base testuale, è possibile risalire a ulteriori orizzonti problematici che dischiudono le porte a temi centrali della riflessione costituzionalistica: dalla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive implicate al bilanciamento tra diritti e interessi di rilievo costituzionale; dal ruolo dello Stato nella protezione delle situazioni di svantaggio o vulnerabilità alla dimensione “federale” della ripartizione delle funzioni pub-

bliche tra diversi livelli di governo; dal delicato equilibrio fra i poteri dello Stato al ruolo della giustizia costituzionale; dall'interpretazione delle Costituzioni e dall'interrogativo di fondo intorno al suo necessario adattamento all'evoluzione della "coscienza sociale" al dialogo tra le giurisdizioni e all'influenza del diritto internazionale e sovranazionale sulle decisioni interne (e viceversa), e così via.

All'analisi di tutti questi profili riservano attenzione le Autrici e gli Autori coinvolti in questo fascicolo. In questo Editoriale ci preme evidenziare due profili problematici che si collocano sullo sfondo e collegano i contributi ospitati in questo fascicolo speciale di *BioLaw Journal*.

Il primo è un punto di disaccordo profondo nel dibattito sul tema, costituito dalla contestazione dell'uso, nel caso *Dobbs*, del linguaggio dei diritti e delle categorie proprie dei diritti fondamentali. Nell'opinione di maggioranza della Corte Suprema si contesta, infatti, l'esistenza di un diritto all'aborto, sottolineando la distinzione tra diritti soggettivi e libertà; si nega la conflittualità tra posizioni giuridiche soggettive e quindi la stessa praticabilità di un bilanciamento. In una prospettiva più ampia, tale approccio porta a mettere in dubbio la riconducibilità dell'accesso all'aborto a diritti costituzionali espressamente previsti in alcune carte costituzionali, come l'autodeterminazione, l'integrità fisica e psichica o il diritto alla salute; portando questa argomentazione all'estremo, infine, si confuta l'opportunità stessa di una regolamentazione legislativa dell'aborto.

Nessuna di queste obiezioni può essere sorvolata con leggerezza: ognuna di esse svela correnti profonde che insidiano il pluralismo delle società contemporanee.

Il secondo è rappresentato dalla centralità – non solo umana e sociale, ma anche politica e giuridica – delle garanzie di effettività dell'ac-

cesso all'aborto. Si tratta di una questione cruciale, poiché si intreccia inevitabilmente, pur non sovrapponendosi perfettamente, con il soprarichiamato aspetto della esistenza e della natura di un diritto costituzionale della donna in tale contesto, il quale, a seconda dell'ordinamento di riferimento, si collega a differenti posizioni giuridiche, che spaziano dal diritto alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, all'integrità fisica e psichica e alla libertà della sfera sessuale e riproduttiva. Tale livello appare particolarmente rilevante se si considerano quelle iniziative statali che, lasciando inalterata la base giuridica del riconoscimento della facoltà di scegliere se interrompere la gravidanza, incidono in senso potenzialmente restrittivo sulle condizioni e i requisiti di accesso e, quindi, sull'effettività stessa di quanto normativamente previsto.

Le chiavi di lettura concernenti la complessa tematica dell'aborto, quindi, sono molteplici e differenti. In questo fascicolo ne proponiamo alcune, lasciando al lettore la possibilità di scegliere la propria e navigare, anche in disordine, tra i contributi.

La sezione introduttiva che segue questo editoriale ha lo scopo di porre a confronto il "terremoto" giuridico e istituzionale che l'*overruling* di un precedente consolidato da oltre cinquant'anni ha determinato nell'ordinamento giuridico statunitense, con un focus specifico sul merito della questione e sui diritti in essa in gioco.

L'intento dei curatori è stato quello di proporre, sin dalla prime pagine del fascicolo, un raffronto con la situazione italiana, ove, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, l'interruzione volontaria di gravidanza è stata disciplinata con la legge n. 194 del 1978 che, in quarantacinque anni di vigenza, ha dimostrato una buona capacità di tenuta sia rispetto

all'evoluzione delle tecnologie e della sensibilità sociale, sia con riguardo al controllo del giudice costituzionale. Ciononostante, come è noto, non mancano diverse problematiche applicative che non consentono un pieno ed efficace funzionamento della legge. A minarne l'effettività sarebbero, secondo le letture di molti, sia l'origine compromissoria e l'ambiguità di alcuni suoi disposti, sia una pervicace strategia di sabotaggio. L'esperienza statunitense, da questo punto di vista, ci mette in guardia circa la necessità di non abbassare mai l'attenzione sul livello di riconoscimento, in concreto, di diritti e prestazioni e sul rischio che approdi raggiunti faticosamente possano essere sovvertiti.

Poiché lo spunto per il progetto di questo fascicolo speciale è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema, è su di essa che si sposta il focus della sezione successiva, composta da alcuni commenti che spaziano dall'analisi dei prodromi e dei futuri sviluppi della decisione, alle teorie dell'interpretazione e del ruolo della giustizia costituzionale, senza tralasciare le prospettive relative all'interazione di questa decisione con le peculiarità del federalismo degli Stati Uniti.

In tal senso, e a prescindere dall'adesione o meno ai percorsi argomentativi contenuti nella sentenza *Dobbs* (sia considerando la posizione espressa dalla maggioranza, sia le *dissenting opinion*), in termini costituzionalistici essa può senz'altro essere considerata una decisione che rappresenterà a lungo un punto di riferimento, poiché raccoglie l'espressione delle diverse tendenze teoriche sull'interpretazione e sul riconoscimento dei diritti che non figurano testualmente nel catalogo costituzionale.

Ci è poi sembrato opportuno e necessario, nella consapevolezza delle molte dimensioni e prospettive di interesse del tema, un approfondimento sui femminismi e sul ruolo spesso decisivo

assunto da alcuni movimenti sociali, ascrivibili a quelle correnti, nell'evoluzione del dibattito pubblico sull'aborto. Dunque, la centralità del corpo femminile e il controverso rapporto tra potere pubblico e autodeterminazione delle donne hanno necessariamente occupato uno spazio significativo, che pone in evidenza la costante oscillazione fra controllo ed emancipazione, ma anche la richiesta di forme di supporto, riconoscimento e, in alcuni casi, protezione.

Come mostrano, inoltre, alcuni contributi, contenuti nella sezione intitolata "Tematiche attuali sull'inizio della vita: diritti fondamentali e nuove tecnologie", le questioni più tradizionali che ruotano intorno ai diritti riproduttivi si rinnovano, assumendo diverse tinte e sfumature inedite, in ragione di nuove sensibilità e dell'impatto prodotto dalle connessioni globali e dall'impiego delle nuove tecnologie.

Un'ultima corposa parte è, infine, dedicata ad una panoramica sulle principali e più recenti novità in tema di interruzione di gravidanza e diritti riproduttivi in altri ordinamenti, con particolare attenzione ai principali Paesi europei e agli Stati iberoamericani, che negli ultimi anni hanno offerto significativi materiali per arricchire il dibattito giuridico sul punto. Alcuni dei contributi raccolti in questa parte del fascicolo si occupano anche delle dinamiche a livello sovranazionale e internazionale, proponendosi di verificare se queste siano in grado di produrre effettivi moti convergenti o, piuttosto, determinino reazioni nazionali di chiusura e resistenza.

Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di offrire una mappatura completa dell'esistente, i curatori hanno cercato di prediligere quegli ordinamenti nei quali, attraverso percorsi autonomi di rinnovamento oppure proprio per effetto della sentenza *Dobbs*, si possono oggi osservare evoluzioni giuridiche interessanti. L'occasione è anche quella di stimolare la rifles-

sione da parte di chiunque voglia porsi in dialogo con gli approdi delle ricerche qui presentate, anche per contribuire a individuare tendenze comuni o percorsi condivisi nella complessa tematica al centro di questo fascicolo speciale.

Allo stato attuale dell'arte, ciò che ci pare emergere in modo piuttosto evidente riguarda il progressivo distanziarsi delle posizioni dei singoli ordinamenti rispetto all'aborto; questa biforcazione determina una chiara tendenza ad una non auspicabile polarizzazione delle posizioni che si traduce, a seconda degli orientamenti valoriali o politici di volta in volta dominanti in una data comunità statale, nel tentativo di imporre il proprio punto di vista anche sulla questione dell'aborto.

In questo senso, la sentenza *Dobbs* rappresenta un significativo punto di partenza per la riflessione sulla direzione che il dibattito sull'interruzione di gravidanza sta oggi assumendo, poiché – come posto in luce sin dalle prime righe di questo editoriale – la Corte Suprema ha portato in evidenza le derive cui può giungere una eccessiva radicalizzazione del dibattito. La contrarietà all'impiego del linguaggio dei diritti e delle categorie proprie dei diritti fondamentali, quando si tratta di scelte relative alla prosecuzione o interruzione di una gravidanza, reca quale inevitabile conseguenza l'annullamento delle posizioni individuali dei soggetti coinvolti e delle loro reciproche interazioni. Ciò porta a contestare la naturale e genuina conflittualità e il reciproco dinamismo tra posizioni giuridiche soggettive, escludendo quindi la praticabilità di un qualsiasi bilanciamento.

***Dobbs*: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future**

Elisabetta Grande*

DOBBS: A NOT UNEXPECTED DECISION. HOW WE GOT THERE AND WHAT ITS FUTURE IMPLICATIONS ARE

ABSTRACT: *Dobbs*, the pronouncement that upended 50 years of abortion rights in the United States, has been generally perceived as a totally unexpected decision. Yet, it is since longtime that its germs have been growing underneath. The essay aims to locate where and when the seeds for the overturning of the right to abortion in the United States have been sowed. It, moreover, highlights the future dangers arising from *Dobbs* on two levels: its possible outreach in terms of further heinous constraints upon women's reproductive autonomy on one hand, and – on the other hand – the decline of the Supreme Court's legitimacy to assert its judicial review power looming from it.

KEYWORDS: *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*; abortion rights; Targeted Regulations of Abortion Providers; fetal personhood; SCOTUS' judicial review legitimacy

ABSTRACT: La sentenza *Dobbs*, che è sembrata giungere come un fulmine a ciel sereno, rappresenta in verità l'epilogo di un lungo cammino di svuotamento del diritto di abortire costituzionalmente garantito alle donne statunitensi nel 1973. Il saggio indaga le differenti vie attraverso cui, sotto la superficie dell'attribuzione di un'ampia libertà decisionale alle donne, la forte resistenza nei confronti di un loro diritto a effettuare scelte relative alla propria capacità riproduttiva non ha mai cessato di lavorare a pieno ritmo negli Stati Uniti. Si interroga, infine, sui possibili e dirompenti effetti di *Dobbs*, tanto sul piano dell'autonomia riproduttiva della donna, quanto su quello della perdita di legittimazione di una Corte Suprema apparsa eccessivamente politicizzata.

PAROLE CHIAVE: *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*; diritto di aborto; Targeted Regulations of Abortion Providers; personalità giuridica del feto; legittimazione della Corte Suprema statunitense al controllo della costituzionalità delle leggi

SOMMARIO: 1. *Roe v. Wade*: una pronuncia rivoluzionaria dai piedi d'argilla – 2. I germi di *Dobbs*: il progressivo e inarrestabile svuotamento di *Roe* – 2.1. Il diritto di abortire negato alle donne povere – 2.2. L'*undue burden* di

* Professore ordinario di diritto comparato presso l'Università del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro, sede di Alessandria. Mail: elisabetta.grande@uniupo.it. Contributo sottoposto su invito.

Casey e le penetranti invasioni della sfera di libertà della donna cui quel criterio ha dato luogo – 2.3. *Free speech, Targeted Regulations of Abortion Providers* e le proteste anti-aborto di fronte alle cliniche – 3. *Dobbs* e la personalità del feto: un preoccupante futuro – 4. *Dobbs* e la messa in pericolo del potere di *judicial review* della SCOTUS.

1. *Roe v. Wade*: una pronuncia rivoluzionaria dai piedi d'argilla

Dopo quasi mezzo secolo, il 24 giugno 2022, con *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*¹, la Corte Suprema statunitense cancella il diritto delle donne all'autodeterminazione riproduttiva; sopprime, cioè, in radice quella garanzia costituzionale che essa stessa aveva assicurato loro fin dal 1973. Allora, con la nota sentenza *Roe v. Wade*², la SCOTUS (*Supreme Court of United States*) aveva dato alle donne nordamericane la possibilità di decidere se portare o meno a termine la gravidanza fino al momento in cui il feto fosse stato capace di vita autonoma al di fuori dal grembo materno (la così detta *viability*). *Roe* era certamente stata una sentenza rivoluzionaria. Non soltanto perché attribuiva un diritto alle donne che -per lo meno fino al terzo mese di gestazione- si presentava come assoluto, giacché nel primo trimestre in nessun caso lo Stato avrebbe potuto intervenire per regolamentare l'interruzione di gravidanza, mentre solo nel secondo trimestre avrebbe potuto farlo, purché la finalità fosse stata la protezione della salute della donna. Si era trattato di una pronuncia rivoluzionaria anche perché, con *Roe*, la Corte Suprema aveva per la prima volta radicato il diritto di abortire all'interno di un principio importantissimo, quello dell'*autonomy privacy*, che a partire da quella data ha trovato il proprio fondamento nel quattordicesimo emendamento della Costituzione federale³. «Nessuno può essere privato della vita, della *libertà* e della proprietà senza un giusto processo», enuncia il XIV emendamento, riprendendo la formula del V emendamento, rivolgendosi questa volta però agli Stati e non al solo ordinamento federale, come invece fa il V. Attribuendo a quell'emendamento un significato di *substantive due process protection*, ossia di tutela sostanziale e diretta, non solo procedurale, delle libertà fondamentali, nel termine "libertà" *Roe* aveva ricompreso il diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale, il *right of privacy*: ampio abbastanza – aveva detto la Corte – da abbracciare la decisione della donna di interrompere la propria gravidanza⁴. Da allora in avanti, accanto al diritto del proprietario di escludere chiunque, ivi compreso (salvo casi eccezionali) lo Stato, dai propri averi, esiste un'altra libertà, appannaggio questa volta di tutti, ricchi o poveri che esse o essi siano. Si tratta del diritto di effettuare in autonomia le scelte più intime e personali, quelle che riguardano il proprio corpo e la propria sessualità. Da quel momento in poi il diritto all'*autonomy privacy*, precedentemente individuato nella "penombra" di altri emendamenti e invocato dalla Corte Suprema per garantire -prima solo alle cop-

¹ 597 U.S. __ (2022).

² 410 U.S. 113 (1973).

³ Sul tema, a fondo, V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

⁴ «*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*», così *Roe v. Wade*, cit., 153.

pie sposate⁵ poi a tutti⁶ - la possibilità di acquistare e usare metodi anticoncezionali contro uno Stato che voleva che i rapporti sessuali degli individui avessero uno scopo esclusivamente riproduttivo, entra insomma a pieno titolo nel quattordicesimo emendamento. Nel 2003, in *Lawrence v. Texas*⁷, il diritto alla *privacy* costituirà la base per rigettare, in quanto incostituzionali, le legislazioni di quegli Stati che sanzionavano penalmente i rapporti sessuali fra gay; nel 2015, con *Obergefell v. Hodges*⁸, insieme al diritto all'uguaglianza (contenuto nell'*equal protection clause* del medesimo quattordicesimo emendamento), esso verrà posto a fondamento del diritto delle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

Per quanto, dopo *Roe*, il *right of privacy* nella sua declinazione di diritto all'autodeterminazione in ordine alla sfera riproduttiva, sessuale e identitaria potesse apparire come una conquista irreversibile – i cui confini non avrebbero potuto che ampliarsi – il terreno su cui esso poggiava era in verità assai meno solido di quel che a prima vista si potesse credere.

2. I germi di *Dobbs*: il progressivo e inarrestabile svuotamento di *Roe*

2.1. Il diritto di abortire negato alle donne povere

Sotto la superficie dell'attribuzione di un'ampia libertà decisionale alle donne, la forte resistenza nei confronti di un loro diritto a effettuare scelte relative alla propria capacità riproduttiva non ha, infatti, mai cessato di lavorare a pieno ritmo negli Stati Uniti. Così, mentre la posizione contraria all'aborto da Ronald Reagan in poi ha sempre rappresentato un criterio di scelta nella nomina dei giudici della Corte Suprema da parte di tutti i presidenti repubblicani, fin da subito il Congresso statunitense ha emanato una norma – periodicamente confermata – che ha limitato enormemente la libertà di scelta accordata alle donne dalla Corte Suprema con *Roe*. Si tratta dell'*Hyde Amendment Act*, che a partire dal 1976 proibisce l'uso di fondi federali per l'assistenza abortiva, eccetto nei casi di incesto, stupro o pericolo di vita della madre. Siccome il *Medicaid* – il programma per l'assistenza sanitaria gratuita agli indigenti – è co-finanziato dal danaro federale, da allora ben 34 Stati, insieme a Washington D.C., non hanno più coperto le spese di un'interruzione di gravidanza delle donne indigenti, in ciò supportati da una decisione della stessa Corte Suprema federale (*Harris v. McRae*⁹), che nel 1980 ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'*Hyde Amendment Act*. Questo ha significato cancellare nella sostanza il diritto di abortire accordato sulla carta alle tante donne povere, in maggior parte com'è noto nere, prive dei mezzi economici per sostenere una spesa che va dai 500 ai 1000 dollari per un'interruzione di gravidanza durante il primo semestre e che costa assai di più quando debba essere effettuata successivamente. D'altronde più tardi, nel 2010, l'*Affordable Care Act* di Obama ha consentito agli Stati di proibire la copertura assicurativa in caso di aborto e alle compagnie sanitario/assicurative di rifiutarsi di praticarlo, pagare o dare indicazioni relative a dove effettuarlo.

⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁶ *Eisenstad v. Baird* 405 U.S. 438 (1972).

⁷ 539 U.S. 558 (2003).

⁸ 576 U.S. 644 (2015).

⁹ 448 U.S. 297 (1980).

2.2. L'undue burden di Casey e le penetranti invasioni della sfera di libertà della donna cui quel criterio ha dato luogo

Il progressivo e inarrestabile sotterraneo svuotamento della protezione costituzionale formalmente accordata alle donne statunitensi con *Roe v. Wade* è passata anche per altre vie, che lentamente, ma inesorabilmente, hanno condotto a *Dobbs*. Si tratta, innanzitutto, della pronuncia *Planned Parenthood v. Casey* del 1992¹⁰ che, pur confermando il diritto di libera scelta delle donne di interrompere la propria gravidanza fino al momento della *viability* del feto, si adoperò tuttavia per cancellare la divisione in trimestri stabilita da *Roe*, indicando nel criterio dell'“undue burden” il limite fin da subito utilizzabile per ogni intervento regolatore dello Stato. Purché non configurantesi come un onere eccessivo, ossia come un rilevante ostacolo per la donna che voglia abortire, tutte le restrizioni eventualmente stabilite dai legislatori statali sono da considerarsi costituzionalmente legittime, ebbe a dire la SCOTUS. La legge della Pennsylvania sottoposta alla sua attenzione – che richiedeva fra l'altro un periodo di attesa di 24 ore per la donna che domandasse di interrompere la sua gravidanza, il consenso dei genitori se minore e l'obbligo per il dottore di fornirle alcune informazioni dissuasive – fu pertanto ritenuta esorbitante solo in relazione all'obbligo per la donna sposata di mettere al corrente della decisione di abortire il proprio marito. Con *Casey* la Corte Suprema aprì, dunque, il varco a nuove e sempre più penetranti invasioni della sfera di libertà della donna, di cui i vari Stati non hanno da allora mancato di profittare.

Fra di esse sono certamente da annoverare i limiti posti da diverse legislazioni statali all'uso di alcune procedure, distorsivamente chiamate “*partial birth abortion*” e consistenti in particolari pratiche abortive in uso dopo il primo trimestre. Dopo aver dichiarato, in *Stenberg v. Carhart* nel 2000¹¹, incostituzionali i divieti riguardanti tali pratiche, perché rappresentanti a suo giudizio un *undue burden* per la donna, a fronte di una legge federale del 2003 dello stesso tenore (il *Partial-Birth Abortion Ban Act*¹²), la Corte – forte dei due nuovi membri conservatori, il *Chief Justice* John Roberts e Samuel Alito – nel 2007 cambiò idea e, in *Gonzales v. Carhart*¹³, ritenne non eccessivamente onerosa per la donna una simile proibizione.

Più di tutte, poi, appaiono particolarmente invasive della sfera della libertà riproduttiva femminile le norme statali che negli anni hanno obbligato i medici a mostrare alle donne in procinto di abortire l'ecografia del feto e a far sentire loro il battito del suo cuore¹⁴. Qualora le donne non avessero voluto guardare le immagini, il medico avrebbe comunque dovuto descrivere a voce alta ciò che vedeva. Inizialmente dichiarate illegittime dalle Corti federali inferiori, tali norme hanno tuttavia successivamente avuto il beneplacito di alcune Corti di Appello federali, in particolare il quinto¹⁵ e il sesto cir-

¹⁰ 505 U.S. 833 (1992).

¹¹ 530 U.S. 914 (2000).

¹² Cfr. <https://bit.ly/3lhszp3>.

¹³ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), <https://www.oyez.org/cases/2006/05-380>.

¹⁴ Sul punto si vedano A. B. LINAS, Comment, *Virginia's "War on Women": How Forcing Women to Have an Ultrasound Before Abortion is Unconstitutional*, in 16 *Rich. J. L. & Pub. Int.*, 47, 2012 e L. PAULK, *What is an "Undue Burden"? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions*, in *UCLA Women's Law Journal*, 20, 1, 2013.

¹⁵ *Tex. Med. Providers Performing Abortion Services v. Lakey*, 667 F.3d 570 (5th Cir. 2012).

cuito¹⁶, che, in contrasto con il quarto¹⁷, hanno ritenuto quelle imposizioni, nei confronti tanto della donna che del medico, coerenti con il criterio dell'*undue burden* previsto da Casey e non contrastanti con il diritto ad una espressione libera del proprio pensiero (*free speech*). Casey – e quindi la Costituzione federale – secondo la lettura di quelle Corti permetteva, infatti, normative che offrissero «un'informazione veritiera e non fuorviante» alla donna al fine di consentirle di assumere una decisione informata circa la procedura abortiva che stava per intraprendere¹⁸. La successiva scelta della Corte Suprema di non prendere giurisdizione sul tema ha, poi, lasciato irrisolto il nodo interpretativo e mantenuto così deliberatamente in piedi la maggior parte di quelle normative assai poco libertarie, capaci, per di più, di incrementare proibitivamente i costi di un aborto, giacché l'obbligo di una previa e fisicamente invasiva ecografia ha significato per le donne un aggravio di spesa dai 500 ai 2500 dollari.

2.3. *Free speech, Targeted Regulations of Abortion Providers* e le proteste anti-aborto di fronte alle cliniche abortive

Molti stati contrari all'aborto hanno, inoltre, presto inaugurato normative particolarmente onerose e stringenti per regolamentare le cliniche abortive (così dette TRAP: *Targeted Regulations of Abortion Providers*), per modo da rendere loro la vita difficile: per esempio richiedendo alle stesse di avere rapporti con gli ospedali vicini oppure obbligandole a continui adempimenti edilizi, come corridoi di una certa ampiezza, spacciati come necessari alla sicurezza delle donne, in realtà volti ad accrescere i costi delle cliniche per modo da provocarne la chiusura. In molti casi l'obiettivo è stato raggiunto, come in Mississippi, che prima di *Dobbs* aveva solo una clinica operativa in tutto lo Stato. Secondo il *Guttmacher Institute*, all'inizio del 2022 erano 23 gli Stati che si erano dotati di normative TRAP¹⁹, anche se in un caso, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* del 2016²⁰ – relativo alla richiesta da parte del Texas che le cliniche abortive dello Stato fossero dotate, fra l'altro, di stanze e porte di una dimensione minima e che i loro dottori avessero la licenza di operare presso gli ospedali vicini –, la SCOTUS si era espressa dichiarando incostituzionale la legge corrispondente. A fronte del trattamento singolarmente penetrante delle cliniche abortive da parte di molti Stati, fin dal 1990 i *Crisis Pregnancy Centers* (CPC) hanno invece ininterrottamente accresciuto il loro impatto, fungendo da contraltare alle prime, senza subire controlli di sorta. Si tratta di centri di beneficenza religiosi formati da personale molto spesso non medico, che operano come istituti di propaganda anti-aborto, per offrire informazioni sulla gravidanza a donne che spesso si rivolgono agli stessi credendo di ottenere tutti i possibili ragguagli – anche in tema di interruzione di gravidanza e gli eventuali riferimenti per realizzarla – ciò che invece non avviene. Sovente i CPC forniscono informazioni mancanti di qualsiasi base scientifica per convincere le donne che vi si rivolgono a non abortire: per esempio che un aborto può

¹⁶ *EMW Women's Surgical Ctr., P.S.C. v. Beshear*, 920 F.3d 421 (6th Cir. 2019), *cert. denied sub nom. EMW Women's Surgical Ctr.*

¹⁷ *Stuart v. Camnitz*, 774 F.3d 238 (4th Cir. 2014).

¹⁸ *Tex. Med. Providers Performing Abortion Services*, cit., 577.

¹⁹ Cfr. www.guttmacher.org/state-policy/explore/targeted-regulation-abortion-providers. (Tutti i siti internet citati sono stati consultati l'ultima volta il 20/11/2022).

²⁰ 579 U.S. 582 (2016).

condurre a seri problemi mentali o alla infertilità o ancora a un aumento di rischio di cancro²¹. Si tratta, inoltre, di centri finanziati tanto dagli Stati che dall'ordinamento federale, che sfuggono a controlli e regolamentazioni e che ricevono protezione da parte del sistema giudiziario. Quando, infatti, nel passato alcuni Stati hanno cercato di disciplinare per lo meno il modo in cui essi si presentano al pubblico, imponendo loro di dichiarare apertamente di non avere personale medico o di non fornire assistenza per un'eventuale interruzione di gravidanza, le corti di giustizia hanno di norma ritenuto che si trattasse di provvedimenti lesivi della libertà di espressione (*free speech*) dei centri, dichiarando le corrispondenti ordinanze o normative statali contrarie al primo emendamento della Costituzione federale²².

Sempre sul fronte del *free speech*, inoltre, mentre – come si è detto – non sono stati ritenuti protetti dal primo emendamento i medici a cui alcuni stati hanno imposto di mostrare e descrivere le ecografie del feto alle donne che intendevano abortire, sono viceversa stati in generale tutelati coloro che insultano pesantemente le donne che si recano presso le cliniche abortive e i medici che vi lavorano. La Corte Suprema – che con diverse sentenze, a partire dal 1994, aveva giudicato costituzionalmente legittime le zone cuscinetto, che alcuni Stati avevano ritenuto di allestire davanti la porta di entrata delle cliniche abortive, per modo che le proteste dei movimenti anti aborto non seguissero fin a quel punto le donne e i medici – aveva, tuttavia, già giudicato illegittime le zone cuscinetto di fronte a entrate che non fossero la principale. Aveva poi dichiarato protetti i manifestanti che altrove, nelle vicinanze delle cliniche, avessero approcciato –pur pesantemente – donne e medici²³. Nel 2014, ha poi finito per offrire totale protezione ai manifestanti *pro-life*: definendoli “obiettori” ha, infatti, garantito loro la possibilità di insultare donne e medici oltre ogni zona cuscinetto²⁴. Il risultato è stato che moltissime donne hanno chiesto e continuano a chiedere di essere scortate da assistenti volontari quando si recano presso le cliniche abortive, per il timore di subire un crollo psicologico a causa delle aggressioni verbali poste in essere dagli attivisti che protestano contro la loro scelta di interrompere la gravidanza.

3. *Dobbs* e la personalità del feto: un preoccupante futuro

A partire da *Roe v. Wade*, il pensiero e i movimenti anti-abortisti hanno dunque costantemente lavorato per svuotarne la portata rivoluzionaria, ottenendo nel tempo sempre maggiori e concrete vittorie. In quest'ottica *Dobbs* è assai meno sorprendente di ciò che a prima vista potrebbe apparire. Quella pronuncia si presenta come l'ovvio punto di arrivo di una battaglia dal 1973 mai sopita, che nei nuovi membri conservatori della Corte Suprema nominati da Donald Trump ha trovato l'elemento capace di dare finalmente il colpo di grazia al *right of privacy* costituzionale nella sua declinazione di autodeterminazione riproduttiva della donna. Oggi la preoccupazione è che, insieme al diritto della donna di interrompere la propria gravidanza, la Corte Suprema si appresti a travolgere anche le altre

²¹ Cfr. <https://bit.ly/3XorWOI>; <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol12/iss3/3/>.

²² Fra le altre si veda la decisione della Corte Suprema, *NIFLA v. Becerra* 585 US (2018).

²³ *Madsen v. Women's Health Center*, 512 U.S. 753(1994); *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357 (1997); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

²⁴ *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

«scelte intime e personali», che sono «centrali per l'autonomia e la dignità della persona»²⁵ e che nel tempo la Corte ha incorporato nella *constitutional privacy*, quali il diritto all'uso dei contraccettivi, ad avere rapporti sessuali o a sposarsi fra persone dello stesso sesso. Si tratta, infatti, di diritti che non sono enumerati nel testo della costituzione né si può dire che i padri fondatori li avessero implicitamente contemplati al tempo dell'introduzione del XIV emendamento. Siccome sono questi i criteri alla luce dei quali, con *Dobbs*, il diritto di abortire è stato ritenuto non più costituzionalmente protetto dalla Corte, è ovvio come insieme alla minoranza dissenziente siano in molti a temere che la decisione possa aprire il varco all'eliminazione di quelle libertà che fino a ieri erano date per acquisite in via definitiva.

Senza, tuttavia, voler addirittura immaginare un ritorno ai tempi bui della sanzione penale per l'amore omosessuale, è il prossimo futuro delle donne in gravidanza ad apparire particolarmente cupo.

Al di là dell'impossibilità di abortire a qualunque stadio della gestazione e perfino nei casi di incesto, di stupro, di malformazione del feto o quando la gravidanza riguarda una minore, che colpisce oggi le donne nei tanti Stati americani in cui, com'è stato scritto, la «dittatura della maggioranza» ha imposto il proprio volere sul corpo di tutte²⁶, è il concetto di personalità del feto, che fa capolino nella pronuncia del 24 giugno 2022, a presentarsi come il nuovo imminente serissimo pericolo. Non più "potential life", come in *Roe* o in *Casey*²⁷, in *Dobbs* il feto diventa "unborn child" o, riprendendo la normativa del Mississippi, "unborn human being", con tutte le implicazioni emotive e ideologiche che quel mutamento terminologico porta con sé. La donna, invece, al di là del nome del caso, non è mai menzionata nella decisione. Si tratta di un segnale inquietante, spia di un possibile futuro volto ad andare oltre il "semplice" rovesciamento di *Roe* per dare protezione costituzionale al feto in forza del diritto fondamentale alla vita di cui al V e al XIV emendamento della Costituzione federale. In tal caso agli Stati non sarebbe solamente data la possibilità di proibire l'interruzione di gravidanza, come dopo *Dobbs* accade oggi, ma essi diverrebbero costituzionalmente obbligati a vietarla.

E' d'altronde proprio sulla strada di attribuire personalità al feto che molti Stati si stanno orientando, seguendo un percorso iniziato ben prima di *Dobbs*²⁸, cui quest'ultima decisione avrebbe dato finalmente via libera. Sulla via di essere imitata da altri Stati, la Georgia per esempio considera il feto, dopo la sesta settimana dal concepimento, una persona ai fini fiscali²⁹, del censimento per la distribuzione dei seggi elettorali e dell'obbligo di mantenimento da parte del padre³⁰. Attribuire personalità al feto potrebbe significare dare protezione all'embrione prima che si sia fissato al collo dell'utero, quindi vietare la pillola del giorno dopo o financo la spirale (IUD). Potrebbe anche, e soprattutto, significare costruire un possibile conflitto di interessi fra madre e feto fin dal momento del concepimento. Non solo, infatti, la donna stessa – e non soltanto chi su di lei pratica l'aborto – potrebbe essere punita per omicidio in caso di interruzione di gravidanza, anche auto indotta; ella potrebbe pure

²⁵ Così *Casey*, cit., 851.

²⁶ Così M.R. MARELLA, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia Insieme*, 2022 www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2457-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization-l-europa-e-noi.

²⁷ *Roe*, cit., 150, 154, 156, 163; *Casey*, cit., 877.

²⁸ Cfr. <https://ballsandstrikes.org/law-politics/fetal-personhood-explainer/>.

²⁹ Cfr. <https://www.nytimes.com/2022/08/04/us/georgia-abortion-law-fetus-tax-dependent.html>.

³⁰ Cfr. www.nytimes.com/2022/08/04/us/georgia-abortion-law-fetus-tax-dependent.html.

essere obbligata durante la gravidanza – a pena di una sanzione penale o di vedersi privata della genitorialità – a non bere alcoolici, a seguire prescrizioni dietetiche o mediche ritenute idonee a tutelare il benessere del nascituro, a posticipare dopo il parto una chemioterapia in quanto potenzialmente dannosa per l’*“unborn child”*, a effettuare un taglio cesareo anche contro la sua volontà, e via elencando³¹. È questa, peraltro, la strada già inaugurata da diversi Stati in relazione all’uso di droga da parte della donna incinta, nonostante tutti i dati attestino quanto l’approccio punitivo provochi una maggiore mortalità, tanto fra mamme che fra bebè, perché le donne, criminalizzate, non si rivolgono più agli ospedali per le cure prenatali e per il parto³². Nel novembre 2019, in California una madre, che aveva fatto uso di sostanze stupefacenti durante la gestazione e aveva poi dato alla luce un bambino morto, era stata accusata di omicidio³³. In Stati come il Tennessee è sanzionato penalmente l’uso di droga da parte delle gestanti che danno alla luce un bebè con sindrome da astinenza e in Mississippi un pubblico ministero (donna) per anni ha utilizzato una norma che punisce come abuso nei confronti di un figlio la sua intossicazione – indipendentemente dal fatto che abbia conseguenze fisiche dannose – per punire con il carcere le mamme che fanno uso di stupefacenti durante la gravidanza, anche se il loro bebè nasce perfettamente sano (pur se positivo al test anti-droga)³⁴. Conferire personalità al feto significa, infine, aprire la strada a normative che impediscano alle donne di abortire in Stati in cui l’interruzione di gravidanza è lecita. Così in Missouri stanno già pensando di introdurre un principio di difesa a tutela del feto concepito sul proprio territorio o portato in grembo da una donna ivi residente, che consenta di punire chiunque – anche fuori dallo Stato – pratici su di lei l’aborto³⁵.

4. *Dobbs* e la messa in pericolo del potere di *judicial review* della SCOTUS

È però sul piano sistemologico, ossia di un possibile impatto sulla credibilità della Corte Suprema come istituzione legittimata al controllo della costituzionalità delle leggi e quindi sulla stessa sopravvivenza di un *judicial review* negli Stati Uniti, che *Dobbs v. JWHO* rischia di essere una decisione perfino più destabilizzante. Con *Dobbs* la Corte ha, infatti, sgonfiato definitivamente il salvagente della forma. Rovesciare un precedente con i toni sprezzanti con cui lo ha fatto Justice Alito, che ha bollato *Roe* come una decisione *“egregiously wrong”* e il ragionamento sottostante come *“exceptionally weak”*³⁶, significa insultare i suoi predecessori e quindi delegittimare l’autorevolezza stessa della SCOTUS come istituzione. La sua delegittimazione quale corpo tecnico proviene anche, e in maniera sferzante, dalle pesanti considerazioni dei giudici dissenzienti: «La maggioranza ha rovesciato *Roe* e *Casey* per una ragione soltanto: perché le ha sempre disprezzate e ora ha i voti per liberarsene. La maggioran-

³¹ Cfr. <https://time.com/6191886/fetal-personhood-laws-roe-abortion/>.

³² Cfr. www.vumc.org/childhealthpolicy/news-events/many-states-prosecute-pregnant-women-drug-use-new-research-says-thats-bad-idea.

³³ Cfr. www.vox.com/identities/2019/11/8/20954980/stillbirth-miscarriage-murder-abortion-chelsea-becker-news.

³⁴ Cfr. <https://mississippitoday.org/2019/05/11/delivering-justice/>.

³⁵ Cfr. www.senate.mo.gov/22info/pdf-bill/intro/SB1202.pdf.

³⁶ Cfr. *Dobbs*, cit., 6.

za, perciò, sostituisce oggi il governo della legge con quello dei giudici»³⁷. Sono parole durissime, provenienti per di più dall'interno della Corte, che mettono in crisi il fondamento stesso per cui nove persone attraverso il vaglio di costituzionalità delle leggi conferiscono o negano diritti ai cittadini statunitensi e plasmano così l'intera società nord-americana. La legittimazione della SCOTUS quale giudice delle leggi – ruolo, com'è noto, frutto di un'auto attribuzione risalente al caso *Marbury v. Madison* del 1803³⁸ – si basa infatti, e non può che basarsi, sulla veste di tecnici del diritto, mai di politici³⁹, ricoperta dai suoi nove giudici. Perché altrimenti essi potrebbero dichiarare invalida una legge votata da tutti i rappresentanti del popolo? Si tratta della nota *counter-majoritarian difficulty*, evidenziata da Alexander Bickel nel 1962⁴⁰, che solo una salda immagine di assoluta neutralità politica della Corte può sormontare, mentre è proprio quell'immagine che l'attuale Corte sembra avere oggi definitivamente perso.

Ciò non tanto per via del rovesciamento giurisprudenziale che *Dobbs* ha operato, quanto per il modo in cui l'*overruling* è avvenuto e per le specificità dei giudici che lo hanno realizzato. Innanzitutto, perché una deviazione dallo *stare decisis* non sia sentita come l'espressione di un *judicial activism* di stampo politico occorre che gli argomenti giuridici utilizzati siano particolarmente stringenti e dotati di grande coerenza logica, mentre le giustificazioni fornite dalla maggioranza in *Dobbs* per andare al di là del *petitum*⁴¹ e rovesciare *Roe* e *Casey* non appaiono tali. La decisione, poi, che non è unanime – quando, com'è noto, l'unanimità conferisce sempre autorevolezza tecnica all'interpretazione offerta⁴² – è segnata invece da una divisione su linee strettamente politiche fra i membri della Corte, laddove i sei repubblicani hanno votato compatti contro i tre democratici. Tale divisione – ed è questo il dato saliente – è aggravata dalla circostanza che 5 giudici, che formano la maggioranza conservatrice, hanno caratteristiche tali da rendere davvero difficile sormontare nei loro confronti il "vizio" politico di origine della nomina, cui faceva riferimento Alexander Bickel. Si tratta della polarizzazione politica, del tutto inedita, sulla cui scorta quei giudici sono stati confermati, unita al loro allineamento – nelle opinioni finora espresse – alle posizioni del partito che li ha investiti della carica. All'immagine di neutralità tecnica – per quanto di designazione politica – dei supremi giudici ha, infatti, sempre contribuito (oltre al divieto di esprimere pubblicamente la propria opinione politica) la conferma largamente bipartisan da parte Senato che, fino a tempi recenti, ne ha caratterizzato la nomina⁴³. La conver-

³⁷ «*The majority has overruled Roe and Casey for one and only one reason: because it has always despised them, and now it has the votes to discard them. The majority thereby substitutes a rule by judges for the rule of law*», così la *dissenting opinion*, 33.

³⁸ 5 U.S. 137 (1803).

³⁹ Cfr. <https://www.micromega.net/corte-suprema-usa/>.

⁴⁰ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1962.

⁴¹ La questione sottoposta al giudizio della Corte riguardava, infatti, la costituzionalità di una normativa, fino a quel momento dichiarata illegittima dalle Corti federali inferiori, che in Mississippi vietava alle donne di abortire dopo la 15ma settimana. La Corte però va oltre, negando in radice l'esistenza di un diritto ad abortire che sia costituzionalmente protetto a livello federale.

⁴² Si pensi al proposito a quanto importante fosse stato per la Corte Suprema, agli albori della sua affermazione come giudice delle leggi, esprimersi all'unisono, come accadde per tutta la presidenza Marshall, nei cui 35 anni di gestione le opinioni contrarie o concorrenti si contano sulle dita di una mano.

⁴³ Sarebbe certamente troppo dispendioso in termini di spazio ricordare quante volte nel passato i *Justices* hanno ottenuto un ampio consenso da parte del Senato. Solo per fare qualche esempio, fra i supremi giudici più recenti si possono ricordare Anthony Kennedy (confermato con 97 voti a 0), Ruth Bader Ginsburg (96 a 3),

genza dei due partiti sugli stessi nomi esalta le qualità tecniche degli investiti della carica e il loro prestigio come giuristi, scongiurando agli occhi della pubblica opinione una loro possibile interpretazione di tipo politico della Carta costituzionale. È per questo che la conferma da parte di un Senato diviso su linee strettamente partitiche, come raramente era accaduto prima, dei tre giudici nominati da Trump – Amy Coney Barrett (52 voti favorevoli e 48 contrari), Brett Kavanaugh (50 contro 48) e Neil Gorsuch (54 contro 45) – ma anche – pur se precedentemente nominati – di Samuel Alito (58 a 42) e Clarence Thomas (52 a 48), contribuisce oggi certamente a spogliare la Corte Suprema della sua legittimazione tecnica, la cui maggioranza si presenta troppo legata al partito repubblicano.

Dai tempi di *Dred Scott*⁴⁴ – la disastrosa pronuncia sulla schiavitù che non solo infiammò la guerra civile, ma che le costò anche la marginalizzazione da parte degli attori istituzionali che da essa avrebbero dovuto sentirsi vincolati⁴⁵ – la SCOTUS sembrava, inoltre, aver imparato che per mantenere credibilità quale corpo tecnico occorre estrema cautela nel decidere questioni sentite come politicamente calde, evitando pronunce in contrasto con il sentimento collettivo. Dopo di allora aveva, infatti, affrontato tali tematiche al momento storico opportuno, quando i tempi erano maturi, avendo cura di non forzare la mano per evitare accuse di eccessivo *judicial activism*⁴⁶. Con *Dobbs*, invece, la Corte Suprema entra nel vivo di una questione politicamente molto calda senza tenere minimamente in considerazione l'opinione della maggioranza degli americani – che, a ridosso della decisione, si dichiarava per due terzi favorevole al diritto costituzionalmente garantito all'aborto⁴⁷ – facendosene addirittura un vanto⁴⁸. E lo fa, si è visto, in assenza di ogni altra condizione necessaria alla sua legittimazione tecnica, mostrando inevitabilmente un volto politico. Perfino la decisione che, nel 2000, aveva d'imperio negato la presidenza ad Al Gore per attribuirla a George W. Bush⁴⁹ – per quanto direttamente sostitutiva della volontà degli elettori – sembrò meno frutto di convinzioni politiche di quella odierna. Non tutti e 5 i giudici della maggioranza di allora, a differenza degli attuali 5 di cui si è detto, erano infatti stati confermati sulla scorta di polarizzazioni politiche estreme né apparivano

Antonin Scalia (98 a 2), Sandra O'Connor (99 a 0), Paul Stevens (98 a 0), o David Souter (90 a 9), al di là che a nominarli fosse un presidente repubblicano (come nel caso di tutti quelli indicati salvo Ruth Bader Ginsburg) o meno. Maggiori informazioni sul sito del Senato: <https://bit.ly/3JXnZxl>.

⁴⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

⁴⁵ In *Dred Scott*, negando addirittura il diritto di accesso alla giurisdizione a uno schiavo del Missouri che chiedeva gli fosse riconosciuta la libertà avendo egli vissuto per un certo periodo di tempo in due Stati che non ammettevano la schiavitù, la Corte Suprema – sotto pressione del neo eletto presidente Buchanan – aveva mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e per questo aveva perso la sua legittimazione. Ciò a sua volta aveva comportato la disobbedienza immediata dei legislatori e delle Corti Supreme degli Stati del nord, che tennero in completo non cale la sua pronuncia.

⁴⁶ Dal 1925 la SCOTUS ha infatti discrezionalità – divenuta poi assoluta dal 1988 – in relazione ai casi su cui intende esprimersi: si veda U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, 197 e ss. Per dettagli in ordine all'attenzione che nel tempo la Corte Suprema ha riposto per non ricadere nell'errore di sostituirsi platealmente al legislatore nelle questioni socio-politicamente calde in antitesi all'opinione dominante, mi permetto di rinviare al mio, *La Corte Suprema alla prova della politica*, in *MicroMega*, 1-2022, 176 ss., in part. 180 ss.

⁴⁷ Cfr. www.pewresearch.org/fact-tank/2022/06/13/about-six-in-ten-americans-say-abortion-should-be-legal-in-all-or-most-cases-2/.

⁴⁸ «*We cannot allow our decisions to be affected by any extraneous influences such as concern about the public's reaction to our work*», scrive Alito a p. 67.

⁴⁹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

partiticamente schierati. In particolare Anthony Kennedy e Sandra O'Connor – confermati rispettivamente con 97 e 99 voti favorevoli e 0 contrari – che avevano supportato quella pronuncia decisa ai margini, avevano da tempo dimostrato una forte indipendenza rispetto al partito repubblicano e al presidente Reagan da cui erano stati nominati, essendosi spesso scostati da posizioni interpretative conservatrici per abbracciare letture progressiste della Costituzione.

Senza la spada dell'esecutivo o la borsa del legislativo, la forza della SCOTUS passa solo per la sua legittimazione tecnica: è questa la lezione che *Dred Scott v. Sandford* aveva impartito alla Corte Suprema, la quale per lungo tempo ha saputo farne tesoro. Oggi, come allora, la Corte sembra invece aver mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e la sua perdita di legittimazione, così come allora, sembra assicurata. Ne sono spie evidenti il crollo impressionante di popolarità della Corte Suprema – il cui tasso di approvazione subito dopo *Dobbs* è passato dal 60% dell'anno prima al 38%⁵⁰ – o la domanda che la *Justice* progressista dissenziente Sonia Sotomayor⁵¹ si è posta durante la discussione orale (*oral arguments*): «Potrà mai questa nostra istituzione sopravvivere all'olezzo sparso sulla pubblica percezione da questa pronuncia, che ha dimostrato come la Costituzione e la sua lettura non siano altro che un fatto politico?»⁵². Insieme a lei ce lo chiediamo anche noi, ben sapendo che una risposta negativa potrebbe mandare in frantumi l'intero l'impianto di pesi e contrappesi (*checks and balances*), su cui il sistema statunitense si basa da oltre 200 anni.

⁵⁰Cfr. www.cnn.com/2022/07/20/politics/supreme-court-job-approval-marquette-poll/index.html.

⁵¹ Cfr. https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf.

⁵² Cfr. www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf.

L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in *Dobbs* e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975

Giuditta Brunelli*

THE "UNBALANCED" ABORTION. THE BALANCE (ABSENT) IN DOBBS AND THE BALANCE (INADEQUATE) IN THE CONSTITUTIONAL COURT NO. 27/1975

ABSTRACT: The essay criticizes the US Supreme Court's *Dobbs* ruling on abortion. It contrasts the rigidly originalist theoretical approach of the judgement with the dissenting opinion of Breyer, Sotomayor and Kagan, which focuses on women's freedom, equality and self-determination in the area of reproductive rights. After also criticizing the balance contained in sentence no. 27/1975 of the Italian Constitutional Court, it proposes some reform hypotheses of law no. 194/1978, taking into account the 2022 WHO Abortion care guideline.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Women's self-determination; Reform of Italian law no. 194/1978

ABSTRACT: Il saggio critica le argomentazioni della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana in materia di aborto. All'impostazione teorica rigidamente originalista della decisione contrappone la *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan, imperniata sulla libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile nell'ambito dei diritti riproduttivi. Dopo aver criticato altresì il bilanciamento contenuto nella sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale italiana, propone alcune ipotesi di riforma della legge n. 194/1978, tenendo conto delle Linee guida OMS sull'aborto del 2022.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Autodeterminazione femminile; Riforma della legge n. 194/1978

SOMMARIO: 1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione – 2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 – 3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978.

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara. Mail: bug@unife.it. Contributo su invito.

1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione

Molto si potrebbe dire – e molto è stato detto, quasi sempre con toni giustamente critici e preoccupati – a proposito della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, del 24 giugno 2022, in materia di aborto. Mi limiterò in questa sede a poche rapide osservazioni di carattere generale, per poi soffermarmi su alcuni aspetti della decisione che possono rivelarsi utili ad affrontare il caso italiano, da considerarsi – a mio avviso – tutt’altro che soddisfacente in questa controversa materia.

Ciò che, in primo luogo, colpisce è l’impostazione rigidamente originalista della *majority opinion* redatta dal giudice Alito, che finisce per escludere la tecnica del bilanciamento (tipica delle Corti supreme e costituzionali europee)¹, trascurando del tutto la prospettiva delle donne (e le conseguenze discriminatorie derivanti dall’*overruling* delle sentenze *Roe* del 1973 e *Casey* del 1992)², ad esclusivo vantaggio della prevalenza dell’interesse dello Stato a tutelare la vita del concepito³. Un originalismo che rinvia alla tradizione giuridica, identificata nella storia più antica del Paese, senza alcuna considerazione del cinquantennio trascorso dalla pronuncia *Roe v. Wade* e dell’affidamento consolidato da parte delle donne su un sistema che consentiva loro di decidere *se e quando* diventare madri⁴.

¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *La Lettera: Originalismo e Costituzione* (7/2022). Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si legge, a questo proposito: «To the majority “balance” is a dirty word, as moderation is a foreign concept. [...] The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman’s interest and recognizes only the State’s (or the Federal Government’s)».

² Donne «che dovranno viaggiare per centinaia di chilometri per spostarsi da uno stato federato ad un altro per avere accesso all’interruzione volontaria di gravidanza, donne che non potranno viaggiare – senza mezzi finanziari, con già un ampio carico di cura, con un lavoro precario (discriminazione che si intende intersezionale) –, donne che verranno per questo spiate in base a *app* che geolocalizzeranno coloro che si avvicinano a una clinica abortiva, donne che forse riusciranno ad avere accesso alla telemedicina, ma solo se avranno la capacità di cercare queste informazioni sul *web*, donne che moriranno per le conseguenze di aborti non sicuri»: S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un’analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in www.sidiblog.org, 25 luglio 2022, 7-8. In argomento vedi anche F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson Women’s Organization ed il diritto all’aborto negli Stati Uniti*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 7.

³ A. SPERTI, *Il diritto all’aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3, 2022, 30. Osserva L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs ad essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 36, che la *Dobbs* non argomenta sulla costruzione teorica «che individua due centri di interesse giuridico in un unico corpo (quello fecondato della donna) che poi consente di operare un bilanciamento tra contrapposti diritti, perché si concentra sull’interesse costituzionale dello Stato a tutelare la vita potenziale». Per M.G. GIAMMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all’autodeterminazione*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 3, ciò che *Dobbs* vuole cancellare è «il radicamento dell’autodeterminazione nella libertà personale, principio essenziale della tradizione giuridica americana così come di quella europea. Importante rilevare che *Dobbs* non nomina in nessuno dei suoi capitoli o paragrafi né le donne né i loro diritti, diffondendosi invece sull’interesse degli Stati a proteggere la vita del feto».

⁴ La mancanza di considerazione delle aspettative maturate dalle donne in cinquant’anni di applicazione di *Roe v. Wade* e la correlativa assenza di qualsiasi tentativo di bilanciamento dei loro diritti, l’uso strumentale del da-

Un'idea indubbiamente recessiva di tradizione, assunta come «esito più o meno cristallizzato di conflitti, di rapporti di potere sulla distribuzione delle risorse, la divisione del lavoro, le gerarchie sociali. Reificare una tradizione significa congelare dei rapporti di forza, invece di consentire di rimetterli in gioco»⁵. Emerge, nella sentenza *Dobbs*, una visione del corpo sessuato e riproduttivo della donna come «una risorsa *privata* (degli uomini loro famigliari) e *pubblica* (della società e dello stato che tramite essa si riproduce)». Per questo non può essere a loro disposizione e per questo le donne «hanno avuto ed hanno tradizionalmente più difficoltà a vedersi riconosciuto quel diritto fondamentale che è l'*habeas corpus*: il diritto ad essere in controllo del proprio corpo, della propria integrità fisica», di non essere obbligate a portare a termine una gravidanza non voluta⁶.

Altro aspetto criticabile e potenzialmente pericoloso della sentenza *Dobbs* riguarda la capacità “espansiva” del ragionamento della Corte Suprema nei riguardi di altri diritti non menzionati dalla Costituzione. Benché nella motivazione di maggioranza ci si premuri di sottolineare la peculiarità del diritto all'aborto, diverso da ogni altro diritto implicitamente protetto dal XIV Emendamento, in quanto, come già riconosciuto nelle sentenze *Roe* e *Casey*, «it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”», non è un caso che nella sua *concurring opinion* Justice Thomas evochi esplicitamente la possibilità che in futuro la Corte possa rivedere la propria posizione in materia di contraccezione (*Griswold*, 1965), omosessualità (*Lawrence*, 2003) e matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergeffell*, 2015). Delle due l'una, come si legge nel *dissent* già citato. O la maggioranza della Corte non crede davvero nel suo stesso ragionamento, oppure tutti i diritti che non sono «profondamente radicati nella storia e nella tradizione americana» e che sono stati desunti in via interpretativa dal testo costituzionale hanno ora un destino incerto: «additional constitutional rights are under threat».

La questione, è chiaro, è strettamente connessa al ritrarsi della Corte, in coerenza con l'impostazione originalista, dal riconoscimento di un diritto privo di base nel testo della Costituzione e nella storia nazionale, per “restituirne” la regolazione al processo politico rappresentativo («bru-

to storico e l'indebolimento del principio della vincolatività dei precedenti sono segnalati da A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 35, che per queste ragioni ravvisa in *Dobbs* una sentenza allarmante per i diritti delle donne e delle minoranze negli Stati Uniti.

⁵ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza: il dilemma irrisolto della cittadinanza delle donne*, in www.fondazionegorrieri.it, 2008, 28.

⁶ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 20 (che evoca la contraccezione, l'aborto, la procreazione assistita, la violenza). Per una descrizione generale di questi temi vedi, da ultimo, F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, Napoli, 2022. Particolarmente duro, in materia di gravidanza coatta, il documento *Our Statement on Bodily Autonomy* (24 giugno 2022) dell' *Afro American Political Forum*, presieduto da Kimberlé Crenshaw (in www.aapf.org). Esso fornisce una lettura radicalmente alternativa della storia degli Stati Uniti, identificando nella *coerced pregnancy* «the foundation of enslavement and the source of the profits in the slave trade». “The consequence of our’s society failure to see coerced pregnancy as a legacy of enslavement has descended once again upon Black women and all pregnant people with letal force. Had the project of liberation from enslavement been rooted in this recognition, the coerced childbirth would have been prohibited as a foundational principle of freedom. The incompleteness of our conceptions of liberty thus harken back to the unspeakable past and stretch forward into this painful moment, proving once again that the intersections of patriarchy, racism, and heteronormativity will continue to undermine the freedoms that we all take for granted unless we learn how to address them simultaneously». Sul punto vedi anche L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., 34-35.

talmente» interrotto dalla sentenza *Roe*) e in particolare ai singoli Stati, ai quali peraltro si indicano in modo accurato gli interessi costituzionali da tutelare, che *non* comprendono la libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile, ma soltanto il rispetto e la protezione della vita prenatale in ogni stadio del suo sviluppo, la protezione della salute della madre, l'esclusione di procedure mediche «particularly gruesome or barbaric», la tutela dell'integrità della professione medica, la mitigazione della sofferenza fetale e la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, il sesso o la disabilità. Anche questo è un profilo di estrema gravità, che ha a che fare con la natura stessa di un sistema giuridico basato sulla Costituzione rigida e sul sindacato di legittimità costituzionale: affermare che una posizione soggettiva non ha rango costituzionale, affidandola alla mutevolezza e all'imprevedibilità delle maggioranze politiche, significa infatti propugnare un'idea *debole* dei diritti, o meglio di *alcuni diritti*, evidentemente avvertiti come estranei al concetto di «ordinata libertà» di cui si parla nella sentenza (che sembra in questo caso identificarsi con l'*ordine patriarcale costituito*, nei suoi aspetti sociali e giuridici)⁷ e perciò degradati a meri interessi, di cui le assemblee rappresentative potranno in sostanza fare ciò che vogliono. Tale capovolgimento di prospettiva rispetto alle tutele offerte dal costituzionalismo contemporaneo è nettamente respinto dai giudici dissenzienti: «We believe in a Constitution that put some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the right of individuals – yes, including women – to make their own choices and chart their own futures». Un affidarsi alla legge ordinaria che appare tanto più grave in un contesto istituzionale profondamente frammentato, nel quale, in assenza di una garanzia federale, si produrranno di certo intollerabili diseguaglianze. Nel caso specifico dell'aborto, emerge in modo drammatico il problema della «difesa del diritto *delle singole donne* ad autodeterminarsi anche in un contesto in cui la maggioranza – ivi compresa, talvolta, la maggioranza delle donne – vorrebbe vincolare la loro libertà di scelta»⁸.

⁷ Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si sottolinea come all'epoca dell'approvazione del XIV Emendamento (1868) le donne fossero prive dei diritti politici e dunque della possibilità di far sentire la loro voce in materia di diritti riproduttivi: «So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase “We the People”». L'interruzione di gravidanza, secondo la *majority opinion* di *Dobbs*, non risponde al modello di «ordinata libertà», dal momento che «l'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali. In ogni caso, (...) fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio» (C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 1).

⁸ B.L. KENNY, *L'aborto che sta spaccando l'America*, intervista a Yasmine Ergas, in *www.ingenera.it*, 21/7/2022 (corsivo aggiunto). Sul «formidabile problema» della possibilità di “mettere ai voti”, cioè condizionare al consenso delle maggioranze, la scelta della *singola* donna di abortire, vedi N. ZANON, *La Costituzione “neutrale”*, cit., 2. Per C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 2, l'abbandono da parte della Corte Suprema della narrativa che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza da *Roe* in poi «impoverisce il dibattito pubblico sull'aborto oscurando le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico».

2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975

Come un calco in negativo della decisione assunta dalla maggioranza, l'opinione dissenziente è interamente costruita sul binomio inscindibile libertà/eguaglianza («the constitutional values of liberty and equality go hand in hand»), sull'autodeterminazione femminile, sulla connessione tra *equal citizenship* e *reproductive rights*, sulla reciproca implicazione tra i diritti relativi al controllo del proprio corpo e alle scelte in ambito relazionale, familiare e procreativo⁹.

Di particolare rilievo è il richiamo all'eguaglianza di genere, secondo l'insegnamento di Ruth Bader Ginsburg¹⁰. Già a partire da *Casey*, la giurisprudenza della Corte Suprema ha istituito un nesso esplicito tra la capacità delle donne di controllare la propria vita riproduttiva e quella di partecipare in maniera eguale alla vita economica e sociale della nazione¹¹. L'opinione di minoranza di *Dobbs* si inserisce perfettamente in questa linea interpretativa, ribadendo che «[w]ithout the ability to decide whether and when to have children, women could not – in the way men took for granted – determine how they could live their lives, and how they would contribute to the society around them».

Eguaglianza e autodeterminazione nelle scelte procreative: è proprio ciò che manca nel bilanciamento operato con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, che prende in considerazione soltanto il conflitto fra la *tutela del concepito*, da un lato, e il *diritto alla vita e alla salute della madre*, dall'altro. Schema concettuale ribadito, poco più di vent'anni dopo, con la sentenza n. 35/1997, nella quale si stabilisce che tale bilanciamento (recepito nella legge n. 194/1978) riguarda il riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti, *non inficiabili ad opera di leggi ordinarie*. Quest'ultima decisione, anzi, ha ulteriormente rafforzato la tutela del concepito: se, infatti, nella sentenza del 1975 si affermava esplicitamente la «non equivalenza» fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare, nella pronuncia più recente l'enfasi viene posta sulla necessità di individuare un punto di equilibrio tra valori posti *sullo stesso piano* (in tal modo, fra l'altro, prefigurando una significativa limitazione delle scelte legi-

⁹ «The Court's precedents about bodily autonomy, sexual and familial relations and procreation are all interwoven – all part of the fabric of our constitutional law, and because that is so, of our lives. Especially women's lives, where they safeguard a right to self-determination».

¹⁰ M. D'AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 145 ss. Bader Ginsburg, com'è noto, criticò la sentenza *Roe* proprio perché non richiama il principio di eguaglianza, la parità e il divieto di discriminazione nei confronti delle donne (F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson*, cit., 4).

¹¹ A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 13, che osserva altresì come in *Casey* abbia «svolto un ruolo di primo piano anche il principio di dignità, inteso in senso soggettivo come sinonimo di autonomia e libertà di scelta, e declinato altresì come *equal dignity*». Su diritto di aborto e promozione dell'eguale libertà delle donne, anche nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, si vedano le riflessioni di S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012. Osserva C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 30-31, che la questione di chi si faccia carico del *lavoro di riproduzione* (complessivo, ovvero non il semplice mettere al mondo) rappresenta «il nodo sempre più duro, e ricorrente, del concetto di uguaglianza, definito a partire dal modo in cui il maschile si è definito, insieme come tale e come metro di valutazione». È un nodo (ovviamente irrisolto) che si trova «al centro delle tensioni e ambivalenze rispetto al concetto stesso di uguaglianza».

slative in materia, attraverso la qualificazione della legge n. 194, o almeno di gran parte di essa, come *a contenuto costituzionalmente vincolato*)¹².

Appare evidente come la configurazione del conflitto stabilita dalla Corte costituzionale sia a dir poco asfittica e, tutto sommato, giuridicamente incomprensibile, sia alla luce della nozione di eguaglianza accolta nella Carta del 1948, ben più ampia e composita rispetto a quella che caratterizza l'esperienza degli Stati Uniti, sia in relazione al principio di autodeterminazione, da tempo presente in altri ambiti della giurisprudenza costituzionale.

Quanto all'eguaglianza, basti ricordare la ricchezza del primo comma dell'art. 3 Cost., che individua proprio nel sesso la prima delle differenze che non possono tradursi in discriminazioni, e il secondo comma della medesima disposizione, che stabilisce «*un autonomo principio di eguaglianza sostanziale e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica*»¹³, il quale costituisce – nel suo intreccio con l'eguaglianza formale, espresso dal concetto di “*pari dignità sociale*” contenuto nel primo comma – il fondamento stesso dei diritti sociali. Quanto all'autodeterminazione, si pensi alla sentenza n. 438/2008, nella quale si distingue tra *due diritti fondamentali*, quello, appunto, all'*autodeterminazione* e quello alla salute (che nella loro integrazione reciproca, fondata sugli artt. 2, 13 e 32 Cost, fondano il principio del consenso informato al trattamento medico).

Niente di tutto questo nella “mappa” del conflitto disegnata dalla Corte costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Indecifrabile soprattutto (almeno sul piano strettamente giuridico) il mancato riconoscimento dell'*habeas corpus* della donna, inteso come libertà (anche fisica) di sottrarsi ad una gravidanza indesiderata. Si tratta dell'esito di una costruzione ideologica inaccettabile, secondo cui ci troveremmo di fronte «a due soggetti, indipendenti e simmetrici, la donna e l'embrione/feto. Questa è una mera fantasia, una vera e propria falsificazione» perchè «[s]enza relazione con il corpo pensante della madre non vi è possibilità di vita, biologica e simbolica»¹⁴. Come abbiamo visto, la Corte costituzionale non ha ricondotto l'invulnerabilità del corpo femminile alla libertà personale, ma alla sola tutela psicofisica della salute della persona di cui all'art. 32 Cost.¹⁵. E' il prezzo

¹² In argomento vedi M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur.cost.*, 1997, 1145 ss. Vedi anche G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza, Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, 815 s.

¹³ Sentenza n. 163/1993 (corsivo aggiunto).

¹⁴ M.L. BOCCIA, *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008.

¹⁵ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, 3. L'A. osserva che l'operazione «di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato» attuata dalla Corte con la sentenza del 1975 «sarà travasata, non solo nell'impianto della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza del 1978, come affermerà la stessa Corte, ma anche nella [...] legge sulle tecniche di fecondazione assistita del 2004» (p. 9). Secondo E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, 2/2022, 10, «ciò che si ripresenta in svariate forme e va, invece, respinto è una concezione antagonista che oppone libertà e salute della donna alla vita del feto o alla coscienza del medico, secondo una “costruzione avversariale” dei rapporti tra la donna e il feto [...]». Per F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, *ivi*, 8, «in quarant'anni di l. 194, proprio la contrapposizione fra diritto a nascere del concepito e diritto alla salute della madre ha rappresentato il terreno sul quale si sono insinuate» le forme di sabotaggio della legge.

pagato alle profonde lacerazioni esistenti nella società e nella politica in tema di aborto e all'esigenza di individuare un punto di equilibrio nella contesa tra le diverse culture contrapposte. Ravvisando esclusivamente nella prevenzione dell'aborto clandestino la *ratio* dell'intervento di legalizzazione e regolazione della pratica, la Corte ha potuto eludere il tema dell'autodeterminazione femminile nelle scelte procreative¹⁶. Essa, come ha acutamente osservato Silvia Niccolai, nel suo argomentare «fu paternalistica (queste povere donne, non possiamo lasciarle morire d'aborto...). E questo era essenziale, perché senza la vittimizzazione della donna non poteva risaltare l'argomento, che era l'unico capace in quel momento di aprire una sia pur limitata giustificazione all'aborto, che non risultasse dirompente negli equilibri politici, ma che invece li consolidasse, rinsaldando il legame legittimante tra essi e l'ordine costituzionale»¹⁷.

Certo, non è senza significato il fatto che la "prima parola" sull'aborto non sia stata pronunciata dal legislatore repubblicano (distintosi anzi per la sua inerzia nel lasciare in vigore il divieto assoluto contenuto nell'art. 546 del codice penale Rocco), ma dalla Corte costituzionale, che ha aperto il processo normativo poi conclusosi con la legge del 1978, la quale ha in larga misura recepito le indicazioni contenute nella sentenza del 1975. C'è qui una particolarità (non inedita, ma certamente fonte di incertezze e controversie, come ha dimostrato anche il caso Cappato molti anni dopo)¹⁸ rispetto a quella che dovrebbe essere la dialettica normale tra Corte e legislatore: in genere, è il legislatore che opera il primo bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti, nell'ambito della sua discrezionalità, e solo in un secondo momento interviene il giudice costituzionale, verificandone la ragionevolezza e la proporzionalità alla luce del dettato della Carta fondamentale¹⁹. Qui, invece, è stata la Corte a (dover) stabilire il primo bilanciamento: lo ha fatto, come abbiamo visto, con estrema prudenza, individuando in termini assai restrittivi la topografia del conflitto. E il legislatore ha aggravato la situazione, aggiungendo senza le necessarie cautele un elemento ulteriore di restrizione della scelta della donna: la necessità di tenere conto, ai sensi dell'art. 9, del diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario. Un vero e proprio grimaldello per sabotare l'applicazione della legge, com'è a tutti noto.

Credo che sia arrivato il momento (volendo immaginare un'iniziativa di riforma della legge n. 194 in senso più liberale e rispettoso della soggettività femminile, che tuttavia non appare all'orizzonte) di riscrivere la tematica dell'interruzione volontaria della gravidanza incorporando nel bilanciamento sia l'eguaglianza di genere, come intesa nell'opinione di minoranza di *Dobbs*, sia il principio di autodeterminazione in una delle sue possibili declinazioni, riconoscendo il diritto della donna a non trovarsi sottoposta ad una gravidanza non voluta, in spregio alla sua libertà fisica e morale.

Né mi pare che un siffatto intervento riformatore debba ritenersi impedito dalle statuizioni della Corte costituzionale circa il carattere costituzionalmente vincolato della legge 194. Perché molti anni so-

¹⁶ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 826-827.

¹⁷ S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 570.

¹⁸ Ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

¹⁹ Sulla tecnica del bilanciamento e le sue caratteristiche vedi M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it.

no trascorsi da quella decisione, e la giurisprudenza costituzionale può mutare orientamento; perché la sentenza del 1997 è stata pronunciata in sede di giudizio di ammissibilità di referendum abrogativo, e questo probabilmente ha inciso sulla severità dei limiti individuati; perché la Corte, in linea generale, dovrebbe essere assai cauta nel sindacare leggi in materia di bioetica su cui sia stata (spesso faticosamente) raggiunta una maggioranza parlamentare, per non sostituire la propria valutazione a quella rientrando nella discrezionalità del legislatore. Non si tratta, pertanto, di una situazione normativa cristallizzata ed intoccabile (come appare dal dibattito pubblico italiano, in cui la frase “la 194 non si tocca” è diventata quasi un dogma da omaggiare). Le difficoltà si annidano piuttosto nella politica, a maggior ragione dopo i risultati delle ultime elezioni nazionali.

3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978

Alcune sintetiche osservazioni finali su un tema ancora controverso: la necessità o meno di una legge in questa materia. Da sempre, infatti, nel dibattito pubblico *pro-choice* è presente la tesi della mera depenalizzazione, ritenendosi da una parte del pensiero femminista che l'esistenza di una legge dello Stato, più o meno repressiva, non sia compatibile con la libertà femminile, per ragioni di carattere sanitario, giuridico e simbolico²⁰. Si tratta senza alcun dubbio di un tema di grande rilievo teorico e pratico. Anche a questo riguardo, tuttavia, la vicenda della sentenza *Dobbs* ha qualcosa da insegnarci. Con l'*overruling* di *Roe*, infatti, viene a mancare l'unica garanzia federale del diritto all'aborto, a proposito del quale il Congresso non ha mai legiferato. Ogni decisione in materia, come si è visto, è ora rimessa ai legislatori statali, in un contesto fortemente decentrato e differenziato. Uno degli esiti della mancanza di una regolazione nazionale che assicuri uno standard minimo di tutela sull'intero territorio degli Stati Uniti sarà la violazione dell'eguaglianza davanti alla legge di molte donne, costrette a spostamenti faticosi e costosi per l'accesso al servizio, particolarmente penalizzanti per le meno abbienti, le appartenenti alle minoranze, per le donne con disabilità, per tutte le donne, insomma, che per vari motivi si trovano in una posizione di svantaggio sociale.

Ebbene, con tutte le differenze del caso, anche quello italiano è un contesto di grande disomogeneità territoriale con riferimento alla protezione del diritto alla salute, a causa delle connotazioni che il regionalismo ha assunto in questa materia. E, quanto all'accesso all'aborto, basta leggere i dati riportati nell'ultima relazione al Parlamento del Ministro della salute sull'applicazione della legge 194²¹, dai quali emerge una situazione variegata nelle diverse regioni italiane, anche in relazione al tipo di maggioranza politica che le governano²².

²⁰ Mi riferisco, in particolare, alle argomentazioni contenute nel *Testo per ragionare insieme sulla possibile depenalizzazione dell'aborto*, Documento femminista del novembre 1989, in www.libriadielledonne.it. Sul tema vedi C.I.S.A. – M.L.D., *Aborto. Facciamolo da noi*, a cura di E. ROCCELLA, Roma, 1975 (il volume contiene un progetto di legge di iniziativa popolare per la depenalizzazione dell'aborto elaborato dal Movimento di Liberazione della Donna, di area radicale).

²¹ MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/78)*, Dati definitivi 2020, trasmessa al Parlamento in data 8 giugno 2022, in www.salute.gov.it.

²² “Sull'interruzione volontaria di gravidanza ancora troppe disparità regionali”, in www.associazionelucacoscioni.it, 20 settembre 2021. Per un esempio recente, vedi *Aborto, la giunta Fdi delle*

Una legge appare dunque necessaria, in coerenza con l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., sulla determinazione, appunto con legge dello Stato, dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (con riferimento, nel caso di specie, al diritto di autodeterminazione in ambito riproduttivo)²³. Quanto alla legge vigente, essa dovrebbe essere modificata in quelle previsioni che presentano evidenti criticità, oltre che sulla base dell'esperienza applicativa di più di quarant'anni, anche alla luce di importanti documenti di istituzioni internazionali, quali il Consiglio d'Europa (Commissario per i diritti umani, *La salute e i diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Europa*, dicembre 2017)²⁴ e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (*Abortion care guideline*, 2022)²⁵, dai quali è possibile trarre una serie di utili indicazioni per una futura (e auspicabile) attività riformatrice²⁶. Per limitarsi ad alcuni esempi: eliminare il periodo di attesa obbligatorio; evitare l'imposizione di una consulenza pre-aborto, lasciando alla scelta della donna la possibilità di usufruirne²⁷; allargare il bacino dei professionisti sanitari che possono eseguire l'intervento, sia per via chirurgica che farmacologica²⁸ (ad esempio ostetriche e ostetrici, medici di famiglia, come avviene in altri ordinamenti); delimitare in modo chiaro e restrittivo la tipologia delle figure professionali che possono obiettare e vincolare i medici obiettori ad indirizzare tempestivamente la donna a un altro professionista competente e disposto a fornire l'assistenza all'interruzione volontaria di gravidanza; evitare (ad esempio, riservando nei bandi di concorso pubblico ruoli per

Marche cancella la convenzione con l'Aied. "Ora applicare la legge 194 sarà più difficile, una scelta politica grave", in www.ilfattoquotidiano.it, 6 gennaio 2023

²³ Per una diversa ricostruzione vedi F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza* (4 febbraio 2011), in www.forumcostituzionale.it, 4, secondo la quale la disciplina contenuta nella legge n. 194/1978 andrebbe più correttamente inquadrata nella materia, di competenza concorrente, «tutela della salute». La legge del 1978, infatti, «garantisce i diritti del concepito e la vita e la salute della donna, bilanciandoli tra loro. Le disposizioni in essa contenute, nella parte in cui individuano termini e condizioni per il ricorso all'interruzione della gravidanza, non costituiscono delle "prestazioni", bensì evidentemente dei "principi", fissati dal legislatore statale e non derogabili da quello regionale». Al di là dell'interpretazione prescelta, si conferma la necessità di una regolazione omogenea a livello nazionale.

²⁴ Documento tematico, in <https://rm.coe.int>.

²⁵ In www.who.int.

²⁶ Su alcune criticità della legge n. 194 vedi anche G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di B. Liberali e L. Del Corona, Torino, 2022, 199 ss.

²⁷ Una soluzione di questo tipo, fra l'altro, sarebbe assai più attenta alla tutela della *privacy* della donna. Tema assai delicato, quando ci si trovi di fronte ad una procedura lunga e complessa per accedere a un servizio pubblico.

²⁸ Quanto all'aborto farmacologico, va sottolineata la lungimiranza dell'art. 15, comma 1, della legge n. 194/1978, laddove si impone alle regioni, d'intesa con le università e con gli enti ospedalieri, di promuovere l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le autorità ausiliarie «sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Ciò ha consentito alle nuove *Linee di indirizzo sull'interruzione volontaria della gravidanza con mifepristone e prostaglandine*, adottate dal Ministero della salute nell'agosto 2020 (circolare 12 agosto 2020, in www.salute.gov.it) di consentire l'aborto farmacologico fino alle 9 settimane di età gestazionale (in precedenza erano 7) e presso strutture ambulatoriali pubbliche adeguatamente attrezzate, funzionalmente collegate all'ospedale e autorizzate dalla regione, nonché consultori, oppure day hospital, dunque senza obbligo di ricovero (G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi)*, cit., 211-212).

personale non obiettore)²⁹ le c.d. obiezioni di struttura (di fatto esistenti, anche se giuridicamente vietate); prevedere regole adeguate sulla raccolta di dati disaggregati in materia di ivg, riscrivendo in questa parte i contenuti della relazione annuale del Ministro della salute sull'attuazione della legge n. 194³⁰.

Vi è poi il tema dell'aborto dopo il primo trimestre di gestazione (c.d. aborto terapeutico), regolato dagli artt. 6 e 7 della legge n. 194/1978. Un primo problema nasce dalla previsione secondo cui il medico deve verificare se, in base alle circostanze del caso concreto, possa dirsi sussistente la capacità di vita autonoma del feto (*fetal viability*) e, nel caso in cui la verifica abbia esito positivo, deve astenersi dal praticare l'intervento interruttivo, salvo che sussista un pericolo *per la vita* della gestante. Si è osservato di recente come in altri ordinamenti l'accertamento della capacità di vita autonoma del feto non comporti affatto una totale obliterazione delle esigenze di tutela *della salute*, e non solo della vita, della gestante. Si tratta di una scelta legislativa molto rigorosa e penalizzante per la donna, configurabile come un vero e proprio «obbligo di continuazione della gravidanza» in presenza, appunto, di pericoli gravi per la sua salute; ciò appare in contrasto con la sentenza n. 27/1975, ove si afferma con nettezza che le esigenze di protezione della vita e della salute di chi è già persona, ossia della gestante, non possono mai soccombere nel bilanciamento né essere considerate equivalenti a quelle del feto³¹.

Un secondo problema riguarda i nati estremamente prematuri. L'art. 7 specifica che quando l'ivg debba essere effettuata nonostante la sussistenza di capacità di vita autonoma del feto, «il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea» a salvaguardarne la vita. Un approccio di *attivismo terapeutico*, che pone non pochi problemi, fino a un possibile sconfinamento nell'accanimento terapeutico³². Temi non più eludibili, anche alla luce dello sviluppo delle tecnologie mediche di rianimazione, che hanno ampliato enormemente le possibilità di sopravvivenza dei nati estremamente prematuri, aprendo inediti e delicatissimi scenari.

²⁹ Sui possibili interventi legislativi per arginare il ricorso, spesso opportunistico, all'obiezione di coscienza in materia di ivg, vedi F. GRANDI, *Le difficoltà di attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 117 ss. Su alcune ipotesi di modifica della legge del 1978, vedi A. POMPILI, *Oltre la 194, la legge che vorremmo*, in *Micromega*, 2022, 89 ss.

³⁰ In argomento vedi l'ampia ed approfondita ricerca di C. LALLI e S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194)*, Roma, 2022.

³¹ L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico e nati estremamente pretermine*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, cit., 237-238. Non è poi da sottovalutare il fatto che l'unica possibilità che si prospetta alle donne che hanno avuto una diagnosi tardiva di grave patologia fetale sia quella di recarsi all'estero per ottenere l'intervento vietato in Italia: A. POMPILI, *Oltre la 194*, cit., 94.

³² Circa il problema dell'accanimento terapeutico sui nati estremamente prematuri vedi L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico*, cit., 242 ss.

La legge 194: un dibattito riaccess

Corrado Melega*

LAW 194: A REIGNITED DEBATE

ABSTRACT: Law 194/1978, which protects maternity and regulates the voluntary interruption of pregnancy in Italy, has been at the centre of controversy and debate since its promulgation. The problem was increased after the restrictive measures on voluntary abortion taken in some European countries and above all after the American Supreme Court's ruling (*Dobbs vs Jackson Women Health Organization*), which, in June 2022, overruled the historic 1973 decision (*Roe vs Wade*). The US Supreme Court stated that there is no constitutional foundation for the right to abortion in the US Constitution. Contrary to the USA, where the 1973 ruling was considered untouchable and no federal law followed it, in Italy a ruling by the Constitutional Court, which established the prevalence of the mother's health over that of the foetus while recognising its rights, was followed by a State law, number 194 of May 1978. It is also worth noting the support of various media and public opinion, which made it possible to reject the abrogative referendum a few years later. With regard to its application, on the one hand, there is the optimism of the Ministry of Health's annual report, based on the significant decrease in the number of abortions; on the other hand there is the protest over the difficulties raised by women in access abortion services in some parts of the country, linked to the high number of objectors among health personnel. There is also a reduced recourse to the pharmacological practice, which after 30 years of application has now demonstrated its safety, as certified by both the WHO and scientific societies halfway around the world. The law is more than 40 years old and should be the subject of a democratic review based on international experience and scientific evidence, but from a series of media statements and projects presented it seems that it is destined not so much to be repealed, which is legislatively very difficult, but to be emptied.

KEYWORDS: Abortion; family counselling centres; reproductive rights; conscientious objection; pharmaceutical abortion

ABSTRACT: La legge 194, che tutela la maternità e regola in Italia l'interruzione volontaria di gravidanza, è stata fin dalla sua promulgazione, al centro di polemiche e dibattiti. Il problema si è accentuato dopo le misure restrittive sull'aborto volontario prese in alcuni paesi europei e soprattutto dopo la sentenza della Corte Suprema

* *Componente della Consulta di Bioetica Onlus. Già direttore del dipartimento materno infantile della Asl Bologna, già presidente della commissione regionale per il percorso nascita. Mail: corrado.melega@gmail.com. Contributo su invito.*

Americana (*Dobbs vs Jackson Women Health Organization*), che, nel giugno 2022, ha giudicato priva di fondamento costituzionale la storica sentenza del 1973 (*Roe vs Wade*), con la quale la stessa Corte aveva sancito il diritto della donna all'autodeterminazione in tema di scelte riproduttive e sessuali. Al contrario degli USA, dove la sentenza del 1973 fu ritenuta intoccabile e ad essa non fece seguito alcuna legge federale, in Italia una sentenza della Corte costituzionale che sancì la prevalenza della salute della madre su quella del feto pur riconoscendone i diritti, fu seguita da una legge dello Stato, la numero 194 del maggio 1978. Bisogna inoltre sottolineare il sostegno di vari mezzi di comunicazione e dell'opinione pubblica, che permise qualche anno dopo di respingere il referendum abrogativo. Per quello che riguarda la sua applicazione, da una parte c'è l'ottimismo della relazione annuale del Ministero della Salute, fondata sulla significativa diminuzione del numero di aborti; dall'altra parte c'è la protesta per la difficoltà che le donne trovano nell'usufruire del servizio in alcune parti del paese, legata all'alto numero di obiettori. C'è inoltre un ricorso ridotto alla pratica farmacologica, che dopo 30 anni di applicazione ha ormai dimostrato la sua sicurezza, come certificano sia l'OMS che le società scientifiche di mezzo mondo. La legge ha più di 40 anni e dovrebbe essere oggetto di una revisione democratica basata su esperienze internazionali ed evidenze scientifiche, ma da una serie di esternazioni mediatiche e progetti presentati pare che sia destinata non tanto all'abrogazione, legislativamente molto difficile, ma ad essere svuotata.

PAROLE CHIAVE: Aborto; consultori familiari; diritti riproduttivi; obiezione di coscienza; aborto farmacologico

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le reazioni alla sentenza dal lato medico-scientifico – 3. Perché questa sentenza ci riguarda di là della preoccupazione delle donne americane? – 4. Interruzione volontaria di gravidanza ed effettività della legge – 5. L'aborto farmacologico – 6. L'importanza dei dati – 7. Quali soluzioni? – 8. Conclusioni: l'importanza della salute sessuale per assicurare l'accesso all'interruzione di gravidanza.

1. Introduzione

Nel 1973 la sentenza della Corte Suprema statunitense stabilì che Jane Roe, pseudonimo di Norma Mc Corvey, poteva abortire volontariamente sulla base del «diritto alla privacy», descritto come libertà di fare «scelte intime e personali», che sono «centrali per la dignità e l'autonomia» (*Roe vs Wade*).

Il primo Stato a legalizzare l'aborto fu la Russia nel 1920; seguì poi l'*Abortion Act* inglese del 1967, ma la sentenza *Roe vs Wade* fu fondamentale, perché per la prima volta si affermò la possibilità di interrompere la gravidanza in virtù del diritto all'autodeterminazione della donna. La Corte affermava non solo il pieno fondamento costituzionale di questo diritto, ma anche la sua universalità, che teoricamente non richiedeva leggi specifiche e rendeva illegittime leggi che in differenti stati vietassero l'aborto.

L'importanza della sentenza sta nell'aver giustificato la liceità dell'aborto volontario a livello costituzionale; infatti nel testo si legge che nella Costituzione americana la parola persona non include il "non nato".

Il XIV emendamento riguarda tutte le decisioni che possono essere considerate "fondamentali"; quindi è implicito che tale diritto si estende anche alle "attività relative al matrimonio", compresa la "decisione di interrompere la gravidanza".

Si trattò certamente di una sentenza che ha cambiato la forma di vita familiare, ha modificato la pratica medica, è intervenuta in maniera significativa sulla sessualità e sugli stili di vita, aprendo una discussione su quello che fino a quel momento era un argomento tabù, almeno negli Stati Uniti: l'aborto.

La contraccezione ormonale e, alla fine degli anni '70, la procreazione medicalmente assistita completarono la rivoluzione sessuale che offriva alla donna la libertà di separare le scelte sessuali da quelle riproduttive.

Bisogna però sottolineare che in quella storica sentenza c'era un'intrinseca debolezza dovuta alla poca preveggenza dei legislatori di allora, che non fecero seguire alla sentenza una legge federale. Si fidarono della "sacralità" della Corte e del suo preteso essere *super partes*, senza considerare che poteva accadere che venisse il giorno in cui i giudici avrebbero deliberato sulla base della loro ideologia politica e non dell'interesse dei cittadini. Cosa puntualmente accaduta con l'esasperazione della lotta politica scatenata da Trump.

Il 24 giugno 2022 la Corte Suprema americana (a maggioranza repubblicana dopo le nomine di Trump) si è pronunciata sul caso *Dobbs vs Jackson Women's Health Organization*, ossia sulla legittimità di una legge del Mississippi che violava i principi affermati nella sentenza *Roe vs Wade*, giudicando che il diritto all'aborto non ha fondamento costituzionale, perché non rientra nelle tutele previste dal XIV emendamento, che viene così escluso; il precedente è stato pertanto superato ed è stata lasciata ai singoli stati la libertà di legiferare in materia, affermando che i Padri fondatori non avevano parlato di aborto nel redigere la Costituzione (la cosiddetta posizione originalista).

Vero che la sentenza del 24 giugno non ha cambiato la premessa che il non nato non è persona, quindi potrà a sua volta essere ribaltata, intanto però già numerosi stati hanno emesso delibere più o meno restrittive della possibilità di abortire e ci sono anche notizie di richieste di informazioni ai social network per individuare eventuali aborti illegali o migrazioni verso stati più permissivi.

Si tratta di un problema non solo sanitario ma anche sociale, visto che donne appartenenti a classi più svantaggiate saranno costrette a portare avanti gravidanze indesiderate o ad affidarsi ad operatori con pochi scrupoli e con scarsa o nulla professionalità.

2. Le reazioni alla sentenza dal lato medico-scientifico

Le reazioni alla sentenza non si son fatte aspettare; a parte l'appello del presidente Biden a votare per il Partito democratico nelle elezioni di medio termine, sono molto interessanti tre articoli apparsi nel settembre 2022.

Il primo sul *New England Journal of Medicine*¹ parte da una domanda: cosa dovrebbe fare un professionista quando, secondo lui, una legge gli richiede di agire in maniera nociva per il suo paziente? L'associazione dei medici americani (*AMA — American Medical Association*) ha commentato la sentenza come un'intrusione governativa nell'ambulatorio medico, un diretto attacco alla pratica medica e alla relazione medico-paziente ed una patente violazione dei diritti dei pazienti ad usufruire di servizi basati sull'evidenza. Le conclusioni prospettano la disobbedienza civile sulla base di un articolo del codice etico medico dell'AMA che nell'ultimo capoverso afferma che nel caso eccezionale di leggi ritenute ingiuste le responsabilità etiche dovrebbero prevalere sui doveri legali.

Negli USA per esercitare il diritto di voto è necessario iscriversi nelle liste elettorali. Un articolo pubblicato su Statista, compagnia che si occupa di raccolta dati per mercati e consumatori, a firma di Katharina Bucholz² rileva come, dopo la sentenza *Dobbs*, sia aumentato il numero di donne iscritte nei registri elettorali, tale che in 9 stati, a metà agosto, si è registrato un numero di votanti donne superiore ai maschi del 10%. La giornalista afferma che a questo sia dovuta la bocciatura di una legge sull'aborto molto restrittiva in un referendum nel Kansas, stato a guida repubblicana. Anche in altri stati si è verificato il medesimo fenomeno, gli effetti del quale potranno forse vedersi in futuro.

La rivista *Nature*, infine, con l'articolo *Inside The Supreme Court's war on Science*³, sottolinea la natura comune di tre sentenze su aborto, libero accesso alle armi ed ambiente, nelle quali gli scienziati vedono una preoccupante negazione del ruolo delle evidenze scientifiche nell'indirizzare politiche di salute pubblica.

3. Perché questa sentenza ci riguarda di là della preoccupazione delle donne americane?

Credo che prima di parlare della situazione italiana sia opportuno qualche cenno di storia, che illustri il percorso di democratizzazione che, negli anni '70, riguardò molti aspetti della vita dei cittadini, e tra questi la condizione femminile nel lavoro e nelle scelte di vita sessuale e riproduttiva. Anche nel nostro Paese la magistratura ebbe un ruolo importante nello sviluppo di tale percorso. Una prima importante sentenza della Corte costituzionale, fu pubblicata nel marzo 1971 e sancì l'incostituzionalità dell'articolo 553 del codice penale, risalente all'epoca fascista, che proibiva «l'incitamento a pratiche contro la procreazione» in difesa «dell'integrità della stirpe»⁴. Cominciò così l'era della contraccezione ormonale.

Nel 1975 la Corte, con la sentenza n. 27 (riguardante una questione sollevata dal Giudice Istruttore di Milano nel 1972), pur premettendo che: «L'articolo 2 della Costituzione riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e fra questi non può non collocarsi, seppure con particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» stabilì che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare». La sentenza toglieva così ogni fondamento all'azione penale nei confronti di chi chiedeva di interrompere una gravidanza pericolosa per la salute

¹ M.K. WYNIA, *Professional Civil Disobedience — Medical-Society Responsibilities after Dobbs*, in *New England Journal of Medicine*, 387, 2022, 959-961, 15 settembre 2022.

² K. BUCHOLZ, *Dobbs Decision Sets Off Wave of Female Voter Registration*, in *Statista*, 13 settembre 2022.

³ J. TOLLEFSON, *Inside the US Supreme Court's war on science*, in *Nature*, 609, 14 settembre 2022, 460-462.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 49/1971.

della madre. Su queste basi l'Italia, a differenza degli USA, promulgò una legge, la n. 194 del 22 maggio 1978. Credo sia importante sottolineare come questa sentenza fosse da inquadrare nel particolare momento politico e civile del nostro Paese.

In quegli anni, pur funestati dal terrorismo, iniziò a svilupparsi una coscienza civile che produsse importanti riforme riguardanti lavoro, scuola e sanità.

Anche la condizione femminile subì profondi cambiamenti; il femminismo fece sentire la sua voce con manifestazioni di piazza che chiedevano libertà nelle scelte sessuali e riproduttive. Il settimanale *Noi Donne* promosse un'inchiesta intitolata "I figli che non nascono". *L'Espresso* insieme alla Lega 13 maggio (data della vittoria nel referendum sul divorzio) iniziò una campagna di stampa con il titolo: *Aborto, una tragedia italiana*, sostenuta dai Radicali, dal MLD (Movimento di Liberazione della Donna), dal CISA (Centro italiano di sterilizzazione e aborto), dall'AIED (Associazione italiana educazione demografica). Fece scalpore la copertina del settimanale che riportava la foto di una donna incinta nuda crocifissa.

Nel 1975, con la legge n. 405, furono istituiti i consultori, strutture pubbliche con accesso gratuito, che oltre a compiti di prevenzione di tumori e malattie sessualmente trasmesse, avrebbero dovuto: «Avere la possibilità di somministrazione di mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica dell'utente».

Accaddero poi due importanti fatti di cronaca che portarono all'attenzione dell'opinione pubblica il problema della legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Nel 1974 il Tribunale di Torino incriminò 273 donne per procurato aborto, dopo la morte di una ragazza ricoverata in ospedale per le complicazioni sorte dopo un aborto clandestino. Il medico, accusato di aver eseguito gli aborti, aveva tenuto un registro degli interventi, dal quale si conobbero i nomi delle donne; fu così possibile istruire il processo che suscitò ovviamente molto clamore oltre ad una campagna in difesa delle donne portata avanti da alcuni partiti, associazioni e privati cittadini.

Nel 1976 a Seveso si verificò nella fabbrica chimica ICMESSA un incendio, che provocò la formazione di una nube di diossina, sostanza che può essere causa di gravi malformazioni fetali. Delle 462 donne in gravidanza in quel momento, 26 chiesero la possibilità di abortire, che fu ottenuta dopo una forte campagna di stampa che accusò i proprietari di non aver informato le donne, vista la sentenza della Corte costituzionale di un anno prima. La vicenda è raccontata in un bel libro della scrittrice, ambientalista, partigiana Laura Conti, dal titolo *Una lepre con la faccia di bambina*. Il cosiddetto labbro leporino è una delle malformazioni più frequenti in caso di intossicazione da diossina.

I tempi erano ormai maturi, così nel 1977 il Parlamento costituì una commissione interpartitica che, dopo un anno, promulgò la legge n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sulla interruzione di gravidanza).

Si può affermare che in Italia, come negli Stati Uniti, le massime Corti, Suprema o Costituzionale, furono decisive per la parziale depenalizzazione e legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza, ma, a differenza degli USA, in Italia si registrò anche una mobilitazione dell'opinione pubblica e di alcuni mezzi di comunicazione, come qualche anno più tardi confermò la bocciatura del referendum abrogativo.

Riprendendo la domanda, perché nonostante questa differenza la sentenza della Corte Suprema ci riguarda?

Certamente perché rischia di alimentare posizioni, che da sempre vogliono limitare il diritto all'aborto, facendo prevalere interpretazioni restrittive della legge, soprattutto in alcune regioni; ma ci riguarda anche perché rischia di rafforzare posizioni misogine, avverse ai diritti sessuali e riproduttivi, che si stanno organizzando in tutta Europa. Considerazione che vale ancor di più oggi dopo il nuovo assetto politico uscito dalle recenti elezioni generali.

Ancor prima della sentenza *Dobbs*, il Parlamento Europeo riunito in sessione plenaria ha approvato la "Risoluzione sulle minacce globali ai diritti all'aborto", che chiede che la UE ed i suoi stati membri «includano il diritto all'aborto nella Carta dei Diritti Fondamentali».

4. Interruzione volontaria di gravidanza ed effettività della legge

Tra gli Stati membri nei quali il diritto all'aborto "sta subendo erosioni" viene citato espressamente il nostro Paese, con particolare riferimento all'obiezione di coscienza.

C'è un generale accordo sul mantenimento della legge n. 194 e sulla sua piena applicazione; le differenti posizioni si manifestano quando da una parte piena applicazione significa prevenire l'aborto e aiutare le donne in difficoltà a portare a termine la gravidanza dall'altra quando si protesta perché in diverse regioni interrompere la gravidanza prevede spostamenti e liste di attesa.

In Liguria c'è la proposta di istituire "sportelli pro vita" in ogni ospedale in cui si eseguono interruzioni e ciò significa un ulteriore passaggio a cui deve sottostare la donna che ha scelto di abortire. In Piemonte si finanzia un "programma di difesa della vita nascente", proposito di per se lodevole se non fosse che i soldi stanziati serviranno per convincere donne, che la gravidanza non la vogliono, a portarla avanti, con tanti saluti all'autodeterminazione.

In Piemonte, Umbria e Marche si è deciso di non aderire all'aggiornamento delle linee di indirizzo, pubblicate dal Ministero della Salute nell'agosto 2020, che cambiano le modalità di esecuzione dell'aborto farmacologico: potrà essere effettuato fino alla nona settimana, anziché alla settima, in *Day Hospital* o in strutture ambulatoriali pubbliche. Le tre regioni hanno ribadito il regime preferenziale del ricovero ospedaliero di tre giorni ed hanno escluso la somministrazione in consultorio.

Fino ad oggi solo il Lazio ha approvato e messo in pratica da un anno la possibilità di eseguire l'aborto medico in consultorio: Altre regioni come Toscana ed Emilia-Romagna stanno iniziando.

5. L'aborto farmacologico

L'avvento di farmaci per indurre l'aborto ha cambiato radicalmente le modalità di accesso e di esecuzione. Dove la procedura viene applicata in modo estensivo l'interruzione avviene più precocemente con minori rischi, le liste di attesa sono molto brevi.

Descritto brevemente: l'aborto farmacologico consiste nella somministrazione orale di un farmaco, il Mifepristone (RU486) e a distanza di 36\48 ore un secondo farmaco, la prostaglandina (Misoprostolo).

La procedura è stata oggetto di attacchi che ne descrivevano la pericolosità e lamentavano la solitudine della donna. In realtà è vero il contrario: le donne, che debitamente informate scelgono la via farmacologica, partecipano all'evento, sono soddisfatte di evitare anestesia e sala operatoria.

Per quello che riguarda i rischi e le complicazioni l'esperienza mondiale e ormai anche quella italiana smentiscono ogni allarmismo. Le complicazioni si mantengono a livelli molto bassi e solo raramente richiedono un ricovero per revisione di cavità. Nella relazione del Ministero relativa al 2020 sono segnalate al 4,2% e sono essenzialmente costituite da perdite ematiche, che il più delle volte non richiederebbero interventi medici, invece, spesso subiscono *over treatment* da parte di colleghi troppo prudenti o poco esperti.

Il metodo farmacologico iniziò ad essere applicato in Francia alla fine degli anni '80 e in altri Paesi europei nei primi anni '90. Nei primi tempi si registrarono alcune morti, che vengono continuamente richiamate: per inappropriato uso dei farmaci, per mancata diagnosi in un caso di gravidanza extrauterina, per patologia settica da *clostridium Sordellii* in donne nelle quali era stato indotto il parto o l'aborto con la somministrazione della prostaglandina per via vaginale. La somministrazione orale ha ovviato al problema; il metodo è stato adottato praticamente in tutto il mondo e dopo milioni di casi si può affermare la sua sicurezza oltre alla minore invasività.

Infatti nel 2006 l'OMS ha stabilito che si deve considerare la combinazione RU più prostaglandine essenziale per la salute delle donne. L'OMS registra che l'introduzione del metodo farmacologico nei paesi in cui le condizioni igienico sanitarie degli ospedali sono precarie, la morbilità per aborto è calata in modo significativo.

Anche la FIGO (Federazione internazionale di Ginecologia ed Ostetricia), insieme alle società scientifiche di mezzo mondo e alla FPP (*Family Planned Parenthood*) raccomandano l'adozione del metodo farmacologico.

Nel nostro paese dopo la circolare del Ministero della Salute l'impiego dell'aborto farmacologico copre 31,3%; in pratica un aborto su tre viene eseguito con il metodo farmacologico, seppure con una distribuzione diseguale che va dal 40% delle regioni di centro al 19% delle isole.

La procedura farmacologica continua ad essere avversata, eppure già nel 1978 la legge n. 194 all'articolo 15 disponeva che «le regioni d'intesa con le Università e gli Enti Ospedalieri promuovono l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le arti ausiliarie sui problemi della procreazione cosciente e responsabile, sui metodi anticoncezionali, sul decorso della gravidanza, sul parto e sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione di gravidanza».

Partendo dalla prevenzione non molto è stato fatto in questi anni; basta consultare una ricerca europea, *Contraception Atlas* (AIDOS, Associazione Italiana Donne per lo Sviluppo e Rete Pro Choice 2019, sotto l'egida di EPF, *Educational Empowerment and Equality*), condotta da un *pool* di esperti che hanno valutato tre parametri: il totale rimborso pubblico dei contraccettivi, la possibilità di counseling gratuito e la facilità di accesso all'informazione online.

L'Italia risulta al 26esimo posto tra 45 nazioni europee soddisfacendo poco meno del 60% dei requisiti. Una simile indagine è stata condotta tra le regioni italiane, sottoponendo un questionario ad operatori dei consultori. Le regioni che hanno offerto l'accesso più agevole alla contraccezione sono, secondo questo report, sono, nell'ordine, Emilia Romagna, Toscana e Puglia. Solo poche regioni hanno

deliberato la gratuità dei contraccettivi, in genere per donne di età inferiore a 26 anni o in donne con precarie condizioni economiche.

Una indagine, riguardante l'interruzione di gravidanza, è stata pubblicata nel 2021 da *Abortion Atlas* a cura di EPF e IPPF (*International Planned Parenthood Federation*), prendendo in esame, per ogni paese, la copertura dell'intervento da parte del sistema sanitario nazionale, l'obbligo di esami clinici inutili o inappropriati in preparazione ad esso, la legge sull'interruzione di gravidanza trattata nel codice penale, la possibilità di ricorso all'obiezione di coscienza da parte degli operatori e la mancanza o l'insufficienza di informazioni sull'intervento o sulle modalità di accesso. L'Italia ha corrisposto ai requisiti per una percentuale attorno al 67%, che la pone in una posizione intermedia, non certo soddisfacente.

Un articolo, a firma Elena Tebano, nella rubrica online Prima Ora del Corriere della Sera del 25 settembre 2022, ha riportato un'indagine condotta dalla professoressa Letizia Mencarini, demografa dell'Università Bocconi di Milano, su un milione di IVG praticate tra il 2002 ed il 2016, messe in relazione con il tasso di obiezione di coscienza della provincia di residenza, il numero di IVG fatte lontano dalla provincia ed i tempi di attesa. Dai dati raccolti è risultato che più alta è l'obiezione di coscienza, più le donne si spostano fuori provincia e fuori regione con tempi di attesa più lunghi. Questa mobilità risultò maggiore rispetto a quella riscontrata per altri tipi di assistenza sanitaria.

6. L'importanza dei dati

Con la maggiore diffusione della procedura farmacologica e l'aumento dell'uso dei contraccettivi d'emergenza il problema dello spostamento si è attenuato, ma esiste ancora un ampio margine di criticità, come viene illustrato dalla ricerca pubblicata nel libro di Chiara Lalli e Sonia Montegiove Mai Dati (Mai Dati- Dati aperti sulla 194-Fandango, Giugno 2022) a commento della relazione al Parlamento sullo stato di applicazione della legge n. 194 presentata dal Ministro della Salute l'8 giugno 2022 e relativa all'anno 2020.

Secondo la relazione, le perplessità del Parlamento Europeo sembrerebbero infondate, pur con le criticità legate soprattutto ad importanti differenze territoriali: si registra infatti una significativa diminuzione del numero degli interventi rispetto al 2019 (-9%), oltre ad una diminuzione del tasso di abortività (numero di aborti per mille donne in età compresa fra 15 e 49 anni, indice che per convenzione internazionale definisce il periodo fertile), che risulta il più basso in Europa.

Secondo le Autrici una prima critica riguarda la obsolescenza e la indeterminatezza dei dati:

Anzi tutto, pubblicare nel 2022 i dati riferiti al 2020 è di poca utilità, per i cambiamenti nell'organizzazione degli ospedali, nella dotazione di personale e nell'incidenza dell'obiezione di coscienza

In secondo luogo, non tutti gli ospedali eseguono aborti e questo non sarebbe un problema se si potesse sapere quali sono e dove sono e non solo il numero (357 su 560 nel 2020, CHIARA LALLI, *E adesso dateci i numeri*, The Post International, 2 settembre 2022).

Inoltre, il Ministero della Salute fornisce solo informazioni chiuse, aggregate per medie regionali e datate: una mera operazione contabile, che prende in esame il numero di aborti ed il numero di non obiettori dimostrerebbe che in media ogni ginecologo esegue 1,1 interventi la settimana, compito

ovviamente poco gravoso. In realtà non sapendo quali ospedali sono attrezzati per le IVG, non si conoscono le cosiddette obiezioni di struttura; non sapendo la distribuzione degli obiettori per ogni struttura una donna non ha idea della possibile lista di attesa. L'interruzione di gravidanza è un intervento tempo dipendente, per cui conoscere i tempi di attesa è molto importante, dato che per ogni settimana di ritardo aumentano i rischi legati all'intervento chirurgico.

Un altro punto interessante e critico della relazione ministeriale riguarda la valutazione dei possibili aborti clandestini. La relazione sostiene che dal 2012 sarebbe avvenuta una stabilizzazione del fenomeno; un modello matematico messo a punto nel 2016 conferma la "bassa entità" del fenomeno, fissandola tra i 10000 e i 13000 casi, pari ad una percentuale tra il 10 ed il 13%. Però visto che dal 2016 al 2020 si è verificata una notevole diminuzione del numero di IVG, se è vero che il fenomeno è rimasto stabile si parla di un'incidenza tra il 13 ed il 19%. Certamente non siamo di fronte ad un fenomeno di una bassa entità, che potrebbe essere il sintomo della difficoltà che le donne trovano in certe zone ad avere accesso ai servizi.

7. Quali soluzioni?

Eliminare gli ostacoli organizzativi e soprattutto ideologici, semplificando l'applicazione del metodo farmacologico potrebbe essere di aiuto nel superare le diverse criticità, compresa l'obiezione di coscienza. D'altra parte, l'aborto farmacologico è oggetto di un curioso paradosso da parte dei suoi avversari, che da un lato affermano come l'aborto sia sempre un dramma che segna la vita della donna, dall'altro non lo vogliono perché renderebbe l'aborto di facile applicazione; pertanto, secondo loro se la cosa è più facile la donna dimentica il dramma della vita. Quello che mi ha sempre meravigliato è che a sostenere la tesi "dell'aborto facile", sono spesso delle donne.

Si afferma oggi da parte da varie parti la volontà di applicare correttamente la legge n. 194, ma le prime proposte e le prime dichiarazioni mi pare vadano in un altro senso. L'istituzione di sportelli per la vita, la presenza di associazioni pro vita nei consultori, la proposta di offrire somme di denaro alle donne per farle recedere dalla decisione di interrompere la gravidanza, appaiono più un tentativo di attaccare la legge 194, che l'espressione della volontà di promuovere riforme strutturali che aiutino le donne che hanno partorito nel lavoro, nell'accudimento dei figli, nell'organizzazione della vita familiare.

Soprattutto sbagliato è il parallelo che viene sempre sottinteso quando parlando di denatalità si annunciano misure di contrasto all'interruzione di gravidanza. La denatalità è un fenomeno che interessa molta parte del mondo industrializzato (basta guardare i dati cinesi) e non è spingendo le donne verso l'aborto clandestino, pensando a qualche forma di elemosina o costringendole a parlare con una serie di persone a vario titolo incaricati (psicologi, assistenti sociali, sacerdoti), che si risolve il problema.

Se la volontà fosse quella di applicare correttamente la legge n. 194, sarebbe certamente importante varare riforme che permettessero alle donne che hanno partorito di organizzare la propria vita secondo parametri rispettosi della nuova condizione; d'altra parte sarebbe altrettanto importante consentire alle donne di esprimere la propria autodeterminazione nelle scelte sessuali e riproduttive ri-

muovendo gli ostacoli all'applicazione della legge, favorendo una maggiore informazione ed un più equo accesso ai metodi contraccettivi.

Un esempio di politica in questo senso può essere quella francese. In Francia dal 2013 le ragazze dai 15 ai 18 anni dispongono di contraccezione gratuita. Nel 2020 la norma è stata estesa anche alle minori di 15 anni e dal gennaio 2022 è stata innalzata a 25 anni l'età entro la quale lo Stato si fa totalmente carico delle spese di contraccezione delle donne, con uno stanziamento per le casse pubbliche di 21 milioni di euro.

La Francia è stata la prima nazione ad applicare la procedura farmacologica; è stata recentemente approvata una legge che prevede l'estensione da 12 a 14 e dal 2022 a 16 settimane del limite legale per interrompere la gravidanza e allarga il bacino di professionisti sanitari che possono eseguire l'intervento: si tratta di ostetriche ed ostetrici che già dal 2016 potevano eseguire l'aborto farmacologico.

Per quello che riguarda la maternità delle donne francesi lo Stato si fa carico del salario pieno per le prime 16 settimane di congedo di maternità per il primo ed il secondo figlio e per 26 settimane dal terzo in poi. Inoltre le neomamme possono ottenere fino a tre anni di congedo "protetto" con sovvenzioni per baby-sitter a domicilio, assistenza ai bambini ed indennità mensili.

Si può tradurre in cifre questo diverso approccio politico, confrontando i tassi di abortività e gli indici di fertilità dei due paesi nel 2020: più alto è il tasso di abortività francese rispetto a quello italiano, che è il più basso in Europa (15,4 vs 5,4). Dall'altro lato l'indice di fertilità francese è molto più alto di quello italiano, che risulta tra i più bassi in Europa (1,83 vs 1,24). Dunque in Italia si fanno meno aborti, ma anche meno figli. La Francia risulta il paese numero uno in Europa per l'accesso alla contraccezione ed uno dei paesi con il più alto indice di fecondità. Esaminando i dati dei paesi con i quali di solito ci confrontiamo, Germania, Regno Unito, Belgio, Olanda, Svizzera si ritrova le stesse condizioni, pur con numeri diversi.

8. Conclusioni: l'importanza della salute sessuale per assicurare l'accesso all'interruzione di gravidanza

In definitiva si può dire che nei Paesi economicamente più sviluppati la fecondità va di pari passo con l'attenzione alla salute sessuale e riproduttiva che passa attraverso un equo accesso alla contraccezione ed all'interruzione di gravidanza.

Al contrario mi pare che nel nostro Paese si vada nella direzione opposta, quella tracciata dalle crudeli disposizioni di Polonia e Ungheria e dalla sentenza della Corte Suprema americana che ha lasciato ai singoli stati ogni decisione; infatti anche in Italia le singole regioni decidono autonomamente come ho ricordato prima ed è proprio per questo che, per ritornare alla domanda iniziale questa sentenza ci interessa.

Scriva Anna Pompili (Ginecologa Responsabile del servizio IVG del Centro per la Salute della Donna dell'Ospedale S. Anna di Roma) nel Forum sull'interruzione di gravidanza apparso qualche tempo fa sul Quotidiano Sanità che la sentenza ci interessa perché testimonia un impianto ideologico per il quale l'autodeterminazione è una bestemmia; ci interessa perché si continuerà a dire che l'aborto non è un diritto, ma un omicidio; ci interessa perché si continuerà ad attaccare la libertà delle donne,

ad imporre regole e divieti; ci interessa perché si tenterà sempre con forzature più o meno prepotenti, suscitando sensi di colpa, di indurre la donna a portare avanti gravidanze che ha deciso di non accettare⁵.

La legge n. 194 esprime norme che sono costituzionalmente vincolate, cioè un nucleo di garanzie non abrogabili in materia di accesso legale all'aborto, ma se veramente si vuole parlare di una sua piena applicazione è il momento di abbandonare lo sterile scontro ideologico/politico e di aprire un dibattito democratico, non gravato da ideologie o concetti etici e morali unilaterali, fondato su evidenze scientifiche, che tenga conto del quadro internazionale, come, ad esempio, indica l'OMS con la recente pubblicazione di raccomandazioni che danno indicazioni chiare per decriminalizzare, demedicalizzare, deospedalizzare l'aborto consentendo alla donna una maggiore autonomia decisionale. Ovviamente per raggiungere questo obiettivo è importante la volontà di tutti, perché è vero che ci sono norme costituzionalmente vincolate, che rendono complicata l'abrogazione della legge, ma è altrettanto vero che c'è la possibilità di svuotarla di contenuti e renderla di fatto non applicabile.

La legge ha ormai più di 40 anni e proprio sulla base di quanto dicono sia l'OMS che il Parlamento europeo sarebbe venuto il tempo di pensare, non a come restringere o dissuadere, ma a come intervenire per rinnovarla eliminando alcune regole e soprattutto assicurando alle donne quello che è il loro vero diritto, l'autodeterminazione.

⁵ A. POMPILI, *Forum Aborto. Dopo la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: cosa cambia per la medicina e la società. Anna Pompili: "Ecco perché riguarda anche noi"*, in *Quotidiano Sanità*, 7 luglio 2022.

La sfida di *Dobbs* al *mainstream constitutionalism* e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia

Roberto Toniatti*

DOBBS'S CHALLENGE TO MAINSTREAM CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE IN THE MEMBER STATES:
RESILIENCE ATTEMPTS OF A POLYARCHY

ABSTRACT: Polyarchy, as a distinct category in the theory of forms of government, is inclusive of the role played by acts, facts and actors other than the ones considered in established categories of forms of government. The hypothesis appears to be confirmed and verified through an analysis of some factors of resilience to the case law in *Dobbs*. Such factors are referenda that have been voted in some states (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont and, indirectly, Montana) and have achieved giving constitutional status to reproductive rights; as well as some post *Dobbs* case law by some state Supreme Courts (Indiana and South Carolina, not in Idaho).

KEYWORDS: Polyarchy; Reproductive rights; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; Abortion; Federalism

ABSTRACT: La poliarchia, quale distinta categoria delle forme di governo, ricomprende nella propria definizione il ruolo di atti, fatti ed attori distinti ed ulteriori rispetto a quelli consolidati nelle forme di governo consolidate in dottrina. L'ipotesi sembra verificata all'esame dei fattori di resilienza che, in seguito a *Dobbs*, si sono manifestati, con esito favorevole, in alcuni stati membri dove si sono svolti referendum che hanno costituzionalizzato i diritti riproduttivi negli stati membri (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont nonché, indirettamente, Montana); nella medesima prospettiva può richiamarsi la recente (2023) giurisprudenza di alcune Corti statali (Indiana, South Carolina e, ma in senso contrario, Idaho).

PAROLE CHIAVE: Poliarchia; diritti riproduttivi; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; interruzione volontaria della gravidanza; federalismo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia – 2. La portata di *Dobbs* e la resilienza negli stati membri – 3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri – 4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri – 5. Osservazioni finali.

* Professore emerito di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: roberto.toniatti@unitn.it. Contributo su invito.

1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia

Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely: il celebre monito di Lord Acton merita di essere sempre ricordato ogniqualvolta, in un contesto democratico di matrice liberale, un organo pretende di esercitare un potere esclusivo e finale – e, dunque, assoluto – di definizione dei contorni della tavola dei valori dell’ordinamento. E ancor più merita di essere ricordato in un contesto di cultura costituzionale di *common law*, come quello degli Stati Uniti d’America che, anche in virtù della sua natura federale di formazione di tipo centripeto, nasce originariamente come *limited government*.

L’asserzione e l’esercizio di un potere quale sopra indicato inevitabilmente provoca un effetto – e addirittura una pluralità di effetti – la cui combinazione verrà a costituire o un atto di reazione e ristabilimento dell’ordine pregresso violato ovvero, in alternativa, un processo di consolidamento del nuovo ordine. In entrambi i casi, in una prospettiva rilevante per un’impostazione giuridica costituzionale, occorre certamente fare riferimento ad atti ed effetti formali, ma anche a sintomi, tendenze, comportamenti, convenzioni tacite che si prestino ad essere valutati alla stregua di fattori che rivestono un’attitudine ad acquisire comunque un rilievo formale.

Il diritto costituzionale rappresenta una realtà normativa dotata di un potenziale troppo ricco ed “effervescente” per poter essere identificato esclusivamente con fonti di diritto positivo ed essere privato del contributo offerto da dinamiche evolutive che è compito del giurista saper cogliere ed elaborare con il rigore del metodo giuridico. Al di là di puntuali iniziative formali delle istituzioni che configurano un indirizzo di politica costituzionale, esiste anche – alla luce delle osservazioni precedenti – un indirizzo di politica costituzionale materiale e diffuso che è privo di una propria legittimazione formale (ad esempio, di tipo elettorale) ma che, nondimeno, è legittimato da una sua intrinseca forza effettiva e qualificato dalla capacità di cogliere l’occasione per assumere una consistenza formale. Il dato formale, in altre parole, non viene evidentemente omissso da tale impostazione metodologica, ma viene ricercato e identificato in un ambito di formanti più ampio ed articolato rispetto al testo scritto. In base a tali premesse, è evidente che circoscrivere l’indagine giuridica ai soli materiali offerti da dati normativi e – al massimo – giurisprudenziali non sembra adeguato neppure per valorizzare quegli stessi materiali.

Ad esempio, il principio di separazione dei poteri e la conseguente tradizionale tripartizione dei poteri stessi conservano tutta la loro forza esplicativa del contesto storico del costituzionalismo originario ma, a nostro avviso, sono palesemente inappropriati per la rappresentazione di un ordinamento costituzionale contemporaneo, sia quanto alle fonti del diritto sia quanto alla rilevanza degli organi determinanti: si pensi solo al ruolo determinante del principio di *checks and balances*, alla rilevanza del potere costituente e di revisione costituzionale, allo sviluppo dei poteri normativi dell’esecutivo (delegati o meno), alle esperienze di pluralismo normativo risultante dai fenomeni di cooperazione internazionale e sovranazionale ovvero di decentramento federale o regionale, nonché agli spazi riconosciuti alla democrazia diretta e partecipativa.

Si può osservare che circoscrivere il quadro della separazione dei tre poteri e delle rispettive funzioni sovrane si rivela fortemente radicato nel principio di rappresentanza politica quale storicamente configurata nella fase formativa del costituzionalismo liberale ma tendenzialmente indifferente alle dinamiche di arricchimento ed integrazione di quest’ultima.

Lo stesso diritto positivo – soprattutto nei testi costituzionali della più recente generazione, a cavallo dei secoli 20° e 21°¹ –, del resto, riconosce l'articolazione dell'esercizio della sovranità popolare in modi che vanno al di là del momento elettorale costitutivo della rappresentanza politica. Le Costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea di cui si tratta², ad esempio, riconoscono o la mera pluralità dei modi di esercizio³, ovvero fanno espresso riferimento al principio di *checks and balances*⁴ e interdipendenza dei poteri, ovvero ancora accostano espressamente gli strumenti di democrazia diretta accanto a quelli elettorali⁵. Altrettanto può agevolmente rilevarsi a proposito delle recenti costituzioni balcaniche⁶.

¹ Giova precisare che le recenti costituzioni dell'Europa centrale, orientale e sud-orientale hanno per più versi incorporato gli sviluppi sostanziali del diritto costituzionale degli stati dell'Europa occidentale, anche in virtù dell'assistenza ricevuta nella scrittura dei testi da organizzazioni quali l'OSCE e la Commissione per la Democrazia attraverso il diritto (la Commissione di Venezia), su cui cfr. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, 2020. Per le costituzioni balcaniche, in particolare, cfr. R. TONIATTI, *La transizione nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, 337 ss.

² Ricordiamo che anche nel progetto di una Costituzione per l'Europa (2003) si prevedeva una duplicità di canali disponibili per i cittadini, ossia il principio della democrazia rappresentativa (art. 45) e quello della democrazia partecipativa (art. 46). Quest'ultimo era espresso come segue: «1. Le istituzioni dell'Unione danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative attraverso gli opportuni canali la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni dell'Unione mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Su iniziativa di almeno un milione di cittadini dell'Unione appartenenti ad un numero rilevante di Stati membri, la Commissione può essere invitata a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione della Costituzione [...]».

³ Cfr. l'art. 1 cpv della Costituzione italiana («La sovranità appartiene al popolo, che la esercita *nelle forme* e nei limiti della Costituzione»), l'art. 3 della Costituzione portoghese («1. Sovereignty shall be single and indivisible and shall lie with the people, who shall exercise it *in the forms* provided for in this Constitution»), (i corsivi sono aggiunti).

⁴ Cfr. La Costituzione dell'Estonia (art. 4: «The activities of the Riigikogu (Parliament), the President of the Republic, the Government of the Republic, and the courts shall be organized on the principle of separation and *balance of powers*»), (i corsivi sono aggiunti).

⁵ Cfr. la Costituzione della Germania (art. 20: «2. All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and *other votes* and through specific legislative, executive and judicial bodies»); della Francia (art. 3: «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et *par la voie du referendum*»); Bulgaria (art. 1: «The people shall exercise this power *directly* and through the bodies established by this Constitution»); della Croazia (art. 1: The people shall exercise this power through the election of representatives and *through direct decision-making*); della Repubblica ceca (art. 2: «1. All state authority emanates from the people; they exercise it through legislative, executive, and judicial bodies. 2. A constitutional act may designate the conditions under which the people may *exercise state authority directly*»); della Lituania (art. 4: «The Nation shall execute its supreme sovereign power either *directly* or through its democratically elected representatives»); della Polonia («The Nation shall exercise such power *directly* or through their representatives»); della Romania («4. The State shall be organized based on the principle of the separation and *balance of powers* – legislative, executive and judicial – within the framework of constitutional democracy»); della Slovacchia (art. 2: «1. State power originates from citizens, who exercise it through their elected representatives, or *directly*»); della Slovenia (art. 3 «[...] In Slovenia il potere appartiene al popolo.

In base a tali considerazioni, occorre ammettere che le consolidate categorie dottrinarie risultanti dalla classificazione delle forme di governo (parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale, semi-parlamentare o neo-parlamentare, direttoriale), per quanto ben fondate sotto il profilo dei rapporti fra esecutivo e legislativo, risultano però amputate rispetto a tutti gli altri organi che pure incidono sui modi di esercizio delle funzioni sovrane – sia sufficiente fare riferimento alla giurisprudenza ordinaria, amministrativa e soprattutto costituzionale o agli strumenti di democrazia diretta –, ovvero sulla configurazione del sistema dei partiti, sulle dinamiche delle relazioni industriali. Rispetto agli effetti prodotti da tali realtà sul sistema istituzionale formale, le classificazioni tradizionali sopra richiamate sono mute e cieche e anche solo sotto il profilo descrittivo sostanziale risultano insufficienti. Si pensi anche all'apporto delle *conventions of the constitution*, senza il contributo delle quali la comprensione della forma di governo vigente nel Regno Unito sarebbe del tutto impossibile e quella di altri ordinamenti rimarrebbe priva di elementi esplicativi rilevanti (si pensi al ruolo delle convenzioni costituzionali nella nomina del capo dell'esecutivo nelle forme di governo parlamentare).

Queste riflessioni sono volte ad essere sviluppate sotto il profilo teorico della teoria delle forme di governo ma anche nella prospettiva dell'inquadramento di un fenomeno storico nel contesto del suo ordinamento; da quest'ultimo punto di vista, si tratta della decisione nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) della Corte Suprema degli Stati Uniti e della pluralità di atti e fatti che essa ha generato volti alla riaffermazione dello specifico *mainstream constitutionalism*, fondato sul principio di *free choice* piuttosto che sul contrapposto paradigma *pro life*.

Per quanto riguarda il primo profilo, il quadro delle dinamiche in grado di incidere sugli sviluppi successivi alla pronuncia *de qua* è quello che, a nostro avviso, può ricevere un'appropriata sistemazione nel contesto della forma di governo degli Stati Uniti qualificabile come forma di governo della poliarchia (o della democrazia poliarchica).

La nozione di «poliarchia» che ispira la categoria descrittiva qui da ultimo indicata è stata elaborata da autorevole dottrina della scienza della politica statunitense – segnatamente Robert Alan Dahl⁷ – e viene utilizzata e adattata, in questa sede, ad un contesto giuridico costituzionale: nel pensiero originale di Dahl, la nozione esprime una specifica condizione del potere politico «inteso come capacità di ottenere acquiescenza, non in quanto possesso di risorse, ma in quanto relazione fra attori» e come un modo di essere ed operare di un sistema caratterizzato dalla «esistenza di una competizione fra più gruppi, ciascuno dei quali capace d'influenzare alcune decisioni, ma nessuno mai in grado d'influenzarle tutte»⁸. Osserva Dahl che la poliarchia è «una specifica forma di governo; si tratta però an-

Tutti i cittadini lo esercitano *direttamente* e mediante elezioni, in base al principio della separazione dei poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario»), (i corsivi sono aggiunti).

⁶ In proposito si vedano le costituzioni dell'Albania (art. 2: «The people exercise sovereignty through their representatives or *directly*»); del Kosovo (art. 2: «The sovereignty of the Republic of Kosovo stems from the people, belongs to the people and is exercised in compliance with the Constitution through elected representatives, *referendum and other forms* in compliance with the provisions of this Constitution»); del Montenegro (art. 2: «The citizen shall exercise power *directly* and through the freely elected representatives»); della Serbia (art. 2: «Sovereignty is vested in citizens who exercise it through *referendums, people's initiative* and freely elected representatives»).

⁷ Nella sua vasta produzione, rinviamo a R. A. DAHL, *Polyarchy: participation and opposition*, 5° ed., New Haven e London, 1975 (trad.it., *Poliarchia: partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, 3° ed., Milano, 1986).

⁸ La citazione è da G. PASQUINO, voce *Dahl, Robert Alan*, in *Enciclopedia Italiana*, V Appendice, Roma, 1991.

che di una forma di democrazia, probabilmente la forma più importante e certamente più diffusa che la democrazia ha assunto nel corso della sua lunga e discontinua storia nell'ambito delle idee e delle prassi politiche. In ogni caso, la poliarchia è la forma caratteristica che la democrazia ha assunto nel XX secolo»⁹.

Il significato semantico della nozione di poliarchia si presta a connotare una forma di governo considerata al di là della sua composizione statica tradizionale e dunque ricostruita secondo criteri dinamici e variabili, inclusivi di una pluralità di soggetti ed istituzioni il cui impatto sull'esercizio delle funzioni pubbliche rimarrebbe altrimenti inesistente. In tale prospettiva, accanto agli effetti riconducibili ad atti delle istituzioni di governo, altri attori e processi politici – secondo le dinamiche delle istituzioni politiche della poliarchia - manifestano non solo la propria visibilità ma anche l'attitudine ad incidere sul funzionamento della forma di governo intesa in senso ristretto, come nella vicenda connessa a *Dobbs*.

2. La portata di *Dobbs* e la resilienza degli stati membri.

La citata sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, adottata dalla Corte Suprema nel giugno 2022 con una maggioranza di 6 a 3, si presta ad essere letta secondo una pluralità di chiavi di lettura¹⁰. Dal punto di vista giuridico, l'effetto più rilevante è che essa ha determinato l'*overruling* di *Roe v. Wade* (1973) e di *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)¹¹ e ha stabilito che – a differenza di quanto sostenuto dalle due ultime decisioni citate e da molte altre – la Costituzione federale non è fonte di legittimazione dell'interruzione volontaria della gravidanza. Il venir meno del fondamento costituzionale federale non impedisce quest'ultima prassi ma ne trasferisce il titolo per l'adozione di una disciplina alla competenza degli stati membri.

Il fatto in sé dell'inapplicabilità del principio di *stare decisis* e del mancato rispetto del precedente vincolante rappresenta la chiave di lettura che in questa sede giova porre in evidenza, giacché è un segnale della polarizzazione ideologica delle Corti supreme, soprattutto in seguito alle nomine del Presidente D. Trump, sostenute dalla maggioranza repubblicana in Senato e dalla rispettiva *constituency* elettorale nel cui ambito la componente *no choice* del fondamentalismo religioso occupa una posizione rilevante. La maggioranza della Corte, in altre parole, ha corrisposto alle aspettative legate alla nomina dei giudici di matrice conservatrice, recenti e meno recenti ed è intervenuta incidendo in modo e in misura considerevole su *Roe v. Wade* (essa stessa, peraltro, adottata a maggioranza), una

⁹ Così R. A. DAHL, voce *Poliarchia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996.

¹⁰ La decisione della maggioranza conservatrice è stata scritta dal giudice Alito. I giudici Thomas and Kavanaugh hanno scritto opinioni concorrenti. Il *Chief Justice* Roberts ha elaborato una propria opinione concorrente quanto al giudizio. I tre giudici progressisti Breyer, Sotomayor, and Kagan hanno scritto una propria *dissenting opinion* condivisa.

¹¹ https://casetext.com/case/planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania-v-casey-casey-v-planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania?_cf_chl_tk=uAYdldW8Ok3NIK3IXtr7.SGhdyVhA7BKzYNweBceGZA-1677599026-0-gaNycGzNCvs.

norma di *case law* propria di quello che era da considerare quale contenuto del *mainstream constitutional law*¹².

Al di là dello scenario contingente, nondimeno, giova osservare che, in questo ordinamento, il rapporto fra tutela dei diritti fondamentali e assetto federale ha conosciuto una propria dinamica evolutiva sin dalle origini dell'Unione: l'assenza di limiti ai poteri dei nuovi organi federali a tutela dei diritti dei cittadini impiegata come un forte argomento degli *Anti-Federalists* nel dibattito sull'adozione della Costituzione è stata superata con la tempestiva approvazione ed entrata in vigore dei primi dieci Emendamenti (il *Bill of Rights*), il penultimo dei quali, significativamente, contiene una clausola di chiusura a vantaggio degli stati membri e, soprattutto, dei diritti individuali fondati sul *common law* e le sue garanzie giurisdizionali¹³.

In una seconda fase, tuttavia, la Corte Suprema ha elaborato la *incorporation theory*, in virtù della quale i limiti costituzionali che il *Bill of Rights* aveva espressamente previsto in capo al legislatore federale sarebbero da intendere come idonei a circoscrivere anche la discrezionalità del legislatore statale. Ne consegue che, nella giurisprudenza della Corte suprema, le questioni concernenti i diritti fondamentali degli individui si intrecciano spesso con le questioni di costituzionalità connesse con la natura federale dell'ordinamento¹⁴.

È interessante limitarsi a notare come, in una prospettiva comparata, altri ordinamenti composti abbiano elaborato soluzioni diverse per inquadrare tali rapporti, con una soluzione intermedia – che manca, invece, negli Stati Uniti – fra la prevalenza dell'ordinamento federale e la garanzia della diversità degli stati membri: ad esempio l'ordinamento canadese, nella *Charter of Fundamental Rights and Freedoms* (sec. 33), consente ad una Provincia di sospendere l'efficacia di una disposizione (sez. 2 e da 7 a 15) per un periodo di cinque anni, rinnovabile una seconda volta ed escludere pertanto dal *judicial review* una norma provinciale in contrasto con la *Charter* federale. Nell'Unione Europea, l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, limita la supremazia della Carta ai casi nei quali gli Stati membri applichino il diritto dell'Unione.

¹² La decisione rappresenta una manifestazione della «Trump legacy [che], pertanto, già dal prossimo mandato presidenziale rappresenta una componente cruciale non solo per il sistema istituzionale degli Stati Uniti ma anche per la società civile e la sfera dei diritti fondamentali, anche in ragione della prossimità e degli ammiccamenti di Trump al mondo dell'estremismo di destra e della *white supremacy*», così in R. TONIATTI, Editoriale: *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta*, in *DPCE online*, 4, 2020. Cfr. anche R. TONIATTI, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE Online*, 1, 2021. In realtà è soprattutto la polarizzazione ideologica del sistema – di cui si parla addirittura come di *culture war* – ad essere responsabile dello stravolgimento del sistema: che la proposta e la nomina presidenziale dei giudici della Corte Suprema fosse e sia un atto di indirizzo politico era stato segnalato in R. TONIATTI, *Appointing power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987.

¹³ Si consideri il testo del IX Emendamento: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

¹⁴ Di recente, il caso più rilevante sotto questo profilo è stato *Obergefell v. Hodges* (2015), il quale ha riconosciuto (con una maggioranza progressista di 5 a 4) che la *equal protection of the law* del XIV Emendamento tutela il diritto di sposarsi delle coppie dello stesso sesso, prevalendo pertanto sugli stati membri che nella propria costituzione avessero statuito in senso contrario. Si rinvia alle *dissenting opinions* (soprattutto del giudice Scalia) per l'esposizione di argomenti del tutto favorevoli alla legittimità dell'autonoma discrezionalità costituzionale degli stati membri.

E dunque, restituendo il *focus* del ragionamento su *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, occorre porre evidenza come la garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – quale specifico contenuto del *mainstream constitutional law* fortemente radicato nella coscienza collettiva (non solo delle donne)¹⁵ oltre che nella giurisprudenza federale – rimanga affidato alla sfera dell'autonomia politica (legislativa e costituzionale) degli stati membri.

L'assetto che ne consegue è, pertanto, destinato ad essere caratterizzato, *in primis*, dalla pluralità delle soluzioni, sia quanto all'*an*, sia quanto al *quomodo* e al *quando*.

In proposito, occorre precisare che, in assenza di legislazione federale *ad hoc*, la garanzia costituzionale era circoscritta all'*an* mentre la determinazione del contenuto era comunque materia riservata agli stati membri. In alcuni stati, l'aborto era classificato come illegale prima di *Roe* e, in conseguenza di *Dobbs*, la qualificazione penale ora ha di nuovo modo di esprimere l'efficacia che la garanzia federale aveva sospeso. In altri stati, tale effetto si manifesta con riguardo ad una disciplina più o meno restrittiva della prassi introdotta da leggi statali – definite *trigger laws* – che erano rimaste inefficaci vigente la disciplina federale condizionata da *Roe*. In altri ordinamenti, può farsi riferimento a norme costituzionali, legislazione e giurisprudenza statale di portata permissiva¹⁶.

Il regime normativo conseguente a *Dobbs*, pertanto, si risolve nell'assenza di parametri di legittimità costituzionale che non siano riconducibili a fonti costituzionali e/o legislative – ovvero giurisprudenziali – dell'ordinamento di ciascuno degli stati membri. La materia rientra pertanto a pieno titolo e a titolo esclusivo nel contesto del diritto costituzionale statale e, in quanto tale, rimesso alla pluralità dei rispettivi orientamenti. Ecco, dunque, che il baricentro della resilienza politica dell'intero sistema nella fase successiva a *Dobbs* risulta affidato a ciascuno degli stati. In proposito, si può osservare che se, da un lato, si garantisce l'autonomia degli stati membri e si conferma la diversità della disciplina nel rispettivo ordinamento, dall'altro si incide ulteriormente sulla condizione di uguaglianza del godimento delle specifiche prestazioni da parte delle cittadine.

3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri

Nel giro di pochi mesi dalla pubblicazione della sentenza (giugno 2022) si sono concretizzate alcune esperienze di democrazia diretta in tema di interruzione volontaria della gravidanza in coincidenza

¹⁵ È senz'altro sintomatico che siano stati presentati alla Corte oltre 150 *amicus curiae briefs* in rappresentanza di un numero altissimo di individui, associazioni di ogni tipo, organizzazioni religiose e laiche, gruppi di accademici e studi professionali, tutti rinvenibili e consultabili su <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁶ Senza pretesa di esaustività o di aggiornamento, ricordiamo che in alcuni stati l'aborto è del tutto illegale (ad esempio in Alabama, Arkansas, Idaho, Louisiana, Missouri, Oklahoma, South Dakota, Texas) ovvero è legale per un periodo di 15, o 18, o 20, o 22, o 24 settimane dall'ultimo ciclo mestruale, ovvero prima della capacità del feto di vivere al di fuori dell'utero materno, ovvero è legale senza alcun limite di tempo (ad esempio, in Alaska, Colorado, New Jersey, New Mexico, Vermont). In alcuni stati la disciplina restrittiva è non applicabile per intervento della giurisprudenza statale pregressa. In materia rinviamo al sito <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/> che precisa con ogni dettaglio il regime vigente in ciascuno stato membro.

con le *midterm elections* (novembre 2022), in occasione delle quali ha normalmente luogo una varietà di votazioni negli stati membri¹⁷.

Nello specifico, sono stati proposti e votati cinque referendum in tema di *reproductive rights*, finalizzati ad adeguare la disciplina statale all'assenza di un fondamento federale risultante dalla sentenza in *Dobbs*, nel senso sia di confermare e rafforzare con l'efficacia della fonte costituzionale statale l'accesso alla pratica abortiva, sia di riflettere la portata di *Dobbs* e riformare la costituzione dello stato ovvero legiferare in senso restrittivo e/o repressivo. Giova precisare sin d'ora che l'esito di ciascuno di tali voti referendari è stato decisamente in favore della libertà di scelta (*pro choice*) e, pertanto, della formalizzazione di un vincolo ai margini di discrezionalità politica del legislatore, qualora ostile alla pratica abortiva¹⁸.

Questo è il caso, ad esempio, della California, dove la giurisprudenza aveva già riconosciuto la legittimità dell'aborto in base alla costituzione dello Stato nel 1969 (quattro anni prima, pertanto, di *Roe v. Wade*). Il voto referendario del novembre 2022 – promosso dal legislatore statale – ha costituzionalizzato la libertà individuale di autodeterminazione in ordine a «*an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions*»¹⁹.

Nella medesima direzione ha operato il referendum svoltosi nello stato del Vermont (*Proposal no. 5*), nel quale la legittimità dell'aborto risaliva già alla legislazione *ad hoc* entrata in vigore nel 2019²⁰. Il referendum del 2022 – indetto dall'assemblea legislative – ha costituzionalizzato il diritto individuale con un apposito emendamento che ha introdotto un nuovo art. 22: «[Personal reproductive liberty] That an individual's right to personal reproductive autonomy is central to the liberty and dignity to

¹⁷ Il tema dell'aborto è stato l'oggetto di frequenti consultazioni referendarie: infatti, «before *Roe v. Wade* in 1973, three abortion-related measures were on the ballot in Michigan, North Dakota, and Washington, and each was designed to allow abortion in its respective state». Inoltre, «from 1970 to November 2022, there were 53 abortion-related ballot measures, and 43 (81%) of these had the support of organizations that described themselves as pro-life. Voters approved 11 (26%) and rejected 32 (74%) of these 43 ballot measures. The other 10 abortion-related ballot measures had the support of organizations that described themselves as pro-choice or pro-reproductive rights. Voters approved seven (70%) and rejected three (30%)», come indicato, insieme ad una moltitudine di altri dati del tutto significativi in argomento, in https://ballotpedia.org/History_of_abortion_ballot_measures.

¹⁸ Giova menzionare – benché incidente solo indirettamente sul tema della libertà di aborto sul quale è intervenuta la sentenza *Dobbs* – anche il voto referendario (Montana LR-131, Medical Care Requirements for Born-Alive Infants Measure) sollecitato dal legislatore del Montana per introdurre «an act adopting the born-alive infant protection act; providing that infants born alive, including infants born alive after an abortion, are legal persons; requiring health care providers to take necessary actions to preserve the life of a born-alive infant; providing a penalty; providing that the proposed act be submitted to the qualified electors of Montana; and providing an effective date». Il voto popolare ha respinto la proposta con una maggioranza del 52,55% contro il 47,45%.

¹⁹ Il testo referendario (introduttivo di un nuovo comma nel vigente art. 1 Cost.) prevedeva che «the state shall not deny or interfere with an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions, which includes their fundamental right to choose to have an abortion and their fundamental right to choose or refuse contraceptives. This section is intended to further the constitutional right to privacy guaranteed by Section 1, and the constitutional right to not be denied equal protection guaranteed by Section 7. Nothing herein narrows or limits the right to privacy or equal protection». L'esito del voto si è espresso con il 66,88 % in favore e il 33,12 contrario.

²⁰ In realtà, nel periodo precedente a *Roe*, lo stato prevedeva il reato di aborto e di assistenza allo stesso, che fu però invalidato dalla Corte Suprema nel 1972 e poi espressamente abrogato dal legislatore.

determine one's own life course and shall not be denied or infringed unless justified by a compelling State interest achieved by the least restrictive means»²¹.

Di particolare interesse il referendum tenutosi nello stato del Michigan, sia perché si tratta – a differenza dei due precedenti – di una iniziativa popolare, sia perché esso ha modificato radicalmente, in senso permissivo, il previgente regime normativo repressivo (inapplicato in quanto sospeso da *Roe*), sia, infine, perché ha introdotto in costituzione una disciplina estremamente dettagliata.

Nello stato era vigente una legislazione repressiva risalente al 1931²². In seguito a *Dobbs*, la giurisprudenza dello stato – in *Planned Parenthood of Mich. et. al. v. Att'y Gen. of Michigan* del settembre 2022 – aveva riconosciuto che la rinnovata efficacia della proibizione statale dell'aborto fosse illegittima con riguardo alla costituzione statale, in quanto in violazione dei diritti di autonomia personale e corporale protetti dalla sua *Due Process Clause* e dalla *Equal Protection Clause*.

L'iniziativa della *Proposition 3* è stata assunta dal Comitato intitolato "*The Reproductive Freedom For All*" che è stato in grado di raccogliere oltre 735.000 sottoscrizioni, la cui raccolta è sensibilmente aumentata dopo la sentenza *Dobbs* che, con l'*overruling* del precedente in *Roe*, aveva fatto venir meno la garanzia federale per l'accesso all'aborto che era durata per 49 anni. Il voto ha prodotto un esito favorevole per l'emendamento pari al 56,7% contro il 43,3%²³.

L'ampio ed articolato obiettivo della petizione per la revisione costituzionale era il seguente: «establish new individual right to reproductive freedom, including right to make and carry out all decisions about pregnancy, such as prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion, miscarriage management, and infertility; allow state to prohibit abortion after fetal viability unless needed to protect a patient's life or physical or mental health; forbid state discrimination in enforcement of this right; prohibit prosecution of an individual, or a person helping a pregnant individual, for exercising rights established by this amendment; and invalidate all state laws that conflict with this amendment»²⁴.

²¹ Il voto popolare si è espresso a favore dell'emendamento con una maggioranza del 77% contro il 23%.

²² Nel 1997, la Court of Appeals – in *Mahaffey v. Attorney General* – aveva dichiarato che «the state constitution adopted in 1963 does not "establish a constitutional right to abortion"».

²³ Merita una menzione il seguito ricevuto dal voto referendario: «The Governor of Michigan has issued executive orders that prohibit executive branch departments and agencies with enforcement responsibilities from providing assistance or cooperating with out-of-state investigations, as well as a prohibition on the Office of the Governor from enforcing extraditions that arise from the provision of reproductive health care that is provided legally», da <https://reproductiverights.org/maps/state/michigan/>.

²⁴ Il nuovo testo integrale dell'art. 1, sez. 28 della Costituzione dello stato del Michigan, intitolato "*Right to Reproductive Freedom*" stabilisce che: «(1) Every individual has a fundamental right to reproductive freedom, which entails the right to make and effectuate decisions about all matters relating to pregnancy, including but not limited to prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion care, miscarriage management, and infertility care. An individual's right to reproductive freedom shall not be denied, burdened, nor infringed upon unless justified by a compelling state interest achieved by the least restrictive means. Notwithstanding the above, the state may regulate the provision of abortion care after fetal viability, provided that in no circumstance shall the state prohibit an abortion that, in the professional judgment of an attending health care professional, is medically indicated to protect the life or physical or mental health of the pregnant individual. (2) The state shall not discriminate in the protection or enforcement of this fundamental right. (3) The state shall not penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against an individual based on their actual, potential, perceived, or alleged pregnancy outcomes, including but not limited to miscarriage, stillbirth, or abortion. Nor shall the state penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against someone for aiding

Merita la dovuta attenzione anche l'esperienza della *Proposition no. 2* del Kentucky: lo stato ha un orientamento fortemente restrittivo in tema di pratiche abortive e nel 2019 aveva adottato una propria *trigger law* anticipando l'*overruling* di *Roe*. L'applicazione di tale legge in seguito a *Dobbs* è stata contestata in sede giurisdizionale e attualmente l'orientamento ad essa favorevole della Corte d'Appello è a sua volta oggetto di appello.

In questo contesto, il referendum, promosso dal legislatore statale, aveva come obiettivo la costituzionalizzazione del divieto di pratiche abortive e l'introduzione nel testo costituzionale di una nuova disposizione (la *Section 26A*), configurata come norma sull'interpretazione destinata a vincolare non solo la legislazione ma anche la giurisdizione²⁵. L'esito del referendum (con un voto negativo del 52,35% ed uno favorevole del 47,65%) rimette pertanto la determinazione del regime normativo sull'aborto in capo alla maggioranza e al suo indirizzo politico, suscettibile, peraltro, di intervento giurisprudenziale.

Nello stato del Kansas l'interruzione volontaria della gravidanza è garantita dalla costituzione, in base all'interpretazione resa nel 2019 dalla Corte Suprema, secondo la quale «the Kansas Constitution Bill of Rights protects all Kansans' natural right of personal autonomy» e quest'ultima «includes the right to control one's own body, to assert bodily integrity, and to exercise self-determination, and allows each individual to make their own decision regarding "whether to continue a pregnancy"».

Nel gennaio 2021, con l'intento di opporsi alla citata giurisprudenza, le assemblee legislative hanno promosso un emendamento costituzionale volto ad affermare che «*there is no Kansas constitutional right to abortion*»²⁶. L'esito del voto è risultato contrario alla proposta di revisione costituzionale con una maggioranza del 59,16% contro il 40,84%.

or assisting a pregnant individual in exercising their right to reproductive freedom with their voluntary consent. (4) For the purposes of this section: A state interest is "compelling" only if it is for the limited purpose of protecting the health of an individual seeking care, consistent with accepted clinical standards of practice and evidence-based medicine, and does not infringe on that individual's autonomous decision-making. "Fetal viability" means: the point in pregnancy when, in the professional judgment of an attending health care professional and based on the particular facts of the case, there is a significant likelihood of the fetus's sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures. (5) This section shall be self-executing. Any provision of this section held invalid shall be severable from the remaining portions of this section».

²⁵ Il testo del referendum concerneva la seguente formulazione: «To protect human life, nothing in this Constitution shall be construed to secure or protect a right to abortion or require the funding of abortion».

²⁶ Il testo della nuova disposizione costituzionale ("*§ 22. Regulation of abortion*") prevedeva che «Because Kansans value both women and children, the constitution of the state of Kansas does not require government funding of abortion and does not create or secure a right to abortion. To the extent permitted by the constitution of the United States, the people, through their elected state representatives and state senators, may pass laws regarding abortion, including, but not limited to, laws that account for circumstances of pregnancy resulting from rape or incest, or circumstances of necessity to save the life of the mother». Le prime parole del testo spiegano perché l'emendamento sia stato denominato "*Value Them Both Amendment*", mentre tecnicamente si trattava dell'"*Amendment 2*".

4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri

I referendum statali che abbiamo qui sopra ricostruito, attraverso la formalizzazione dei *reproductive rights* nel testo della rispettiva costituzione, hanno garantito ad alcuni stati significativi margini di autonomia rispetto agli effetti della decisione federale in *Dobbs*.

In seguito ai referendum stessi, pertanto, è stata contrapposta una autonoma sfera statale di filtro rispetto agli effetti della giurisprudenza federale *de qua* e si è aperta la strada per una tutela giurisdizionale statale contro una eventuale legislazione degli stati di portata restrittiva al punto da non riconoscere il *Wesengehalt* della libertà riproduttiva, ossia il contenuto essenziale del diritto fondamentale.

Gli spazi di intervento nei quali il contributo “dichiarativo” del giudice statale circa l’esistenza di un diritto può rivelarsi determinante – come, del resto, è stato prima di *Roe v. Wade* (1973) – sono molto ampi e in questa sede si può solo dare atto della loro esistenza. In questa fase, possiamo solo richiamare la dinamica *de qua* e fare riferimento a tre recenti decisioni – di orientamento differenziato – le quali confermano come le strade della poliarchia statunitense in materia siano aperte e suscettibili di interessanti sviluppi²⁷.

La prima decisione è della Corte Suprema dello stato dell’Indiana e ha disposto l’inapplicabilità della legislazione restrittiva nei confronti delle parti della controversia (un ebreo, un musulmano e un terzo senza alcuna confessione determinata) «whose religious beliefs permit or require abortions in situations not allowed under Indiana law»²⁸.

La Corte Suprema dello stato del *South Carolina* ha riconosciuto nella propria pronuncia²⁹ che la legge (*Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act*) viola il diritto costituzionale alla *privacy* delle donne³⁰ ed altri parametri costituzionali³¹.

²⁷ Si tratta di *Anonymous Plaintiff 1 v. Individual Members of the Medical Licensing Board of Indiana*, (IN Super. Ct., Dec. 2, 2022), <https://www.documentcloud.org/documents/23329379-order-on-preliminary-injunction-anonymous?responsive=1&title=1&lctg=27783730>.

²⁸ Nella motivazione si legge che «26. This Court finds that the Plaintiffs practices regarding abortion are religious in nature: they have established that, under circumstances that would be prohibited [...], their religious beliefs would compel them to have abortions [...] 43. The undisputed evidence establishes that the Plaintiffs do not share the State’s belief that life begins at fertilization or that abortion constitutes the intentional taking of a human life. To the contrary, they have different religious beliefs about when life begins, and they believe that under certain circumstances not permitted by [the law], they would be required to receive abortions. Under the law, the Court finds these are sincere religious beliefs [...] 44. The State has not asserted a compelling interest in refusing to provide an exception to the Plaintiffs if the law were otherwise enforceable. Indiana has no interest in violating the sincere religious beliefs and exercise of the Plaintiffs [...] 49. The Plaintiffs argue that [the law] is not narrowly tailored and is underinclusive, in that it provides exceptions for some abortions—though not religious exceptions—in circumstances that directly contravene the State’s purported interest. 50. The State argues that abortion, regardless of gestational age of the zygote, embryo, or fetus, is the killing of an innocent human being, and its interest is in preventing that killing [...] 51. However, the statute explicitly allows abortions in circumstances that the State acknowledges constitute the “killing” of an “innocent human being”: for example, where the pregnancy is the result of rape or incest and where the fetus is viable but will not live beyond three months after birth».

²⁹ Si tratta di *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, (SC Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://www.sccourts.org/opinions/HTMLFiles/SC/28127.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata assunta con una stretta maggioranza di 3-2. Ciascun giudice ha scritto una propria opinione.

In controtendenza, invece, si registra la pronuncia della Corte Suprema dello stato dell'Idaho³², la quale non ravvisa nel testo della costituzione dello stato un esplicito diritto di interruzione volontaria della gravidanza e, nella motivazione, fa riferimento soprattutto a un orientamento interpretativo conforme alla dottrina dell'*originalism*³³.

³⁰ Nell'opinione del giudice Hearn si legge che «We hold that the decision to terminate a pregnancy rests upon the utmost personal and private considerations imaginable, and implicates a woman's right to privacy. While this right is not absolute, and must be balanced against the State's interest in protecting unborn life, this Act, which severely limits—and in many instances completely forecloses—abortion, is an unreasonable restriction upon a woman's right to privacy and is therefore unconstitutional [...] The State unquestionably has the authority to limit the right of privacy that protects women from state interference with her decision, but any such limitation must be reasonable and it must be meaningful in that the time frames imposed must afford a woman sufficient time to determine she is pregnant and to take reasonable steps to terminate that pregnancy. Six weeks is, quite simply, not a reasonable period of time for these two things to occur, and therefore the Act violates our state Constitution's prohibition against unreasonable invasions of privacy».

³¹ Il Chief Justice Beatty ha precisato che «although our determination turns on the right to privacy, I believe the Act is also void ab initio and denies state constitutional rights to equal protection, procedural due process, and substantive due process. Therefore, the Act violates our state constitution beyond a reasonable doubt. For the foregoing reasons, I concur with Justice Hearn's lead opinion regarding the right to privacy, and I write separately to address all of Petitioners' issues because our decision today will likely not be the final resolution of the quandary [...] When life begins is a theoretical and religious question upon which there is no universal agreement among various religious faiths. In fact, because there are differing views on abortion and when life begins among religious faiths, challenges are already being made to some abortion laws on the basis they violate religious freedom by elevating one faith's views over the views of others. The question of when life begins is distinguishable from the constitutional questions raised here regarding whether a woman has the right to make her own medical decisions regarding her reproductive health (in consultation with her medical provider and based on scientific evidence). At its core, the question the Court faces today is can the government—by force of law—force a woman to give birth without her consent? As will be discussed, for a reasonable period of time, a woman, rather than the government, retains this important right to choose whether to become a mother».

³² Si tratta di *Planned Parenthood Great Northwest, Hawaii, Alaska, Indiana, Kentucky v. State of Idaho*, (ID Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://isc.idaho.gov/opinions/49615xxx.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata adottata con una stretta maggioranza di 3-2.

³³ Queste le argomentazioni offerte nella motivazione: «The Inalienable Rights Clause in Article I, section 1 of the Idaho Constitution, which lists the rights to life, liberty, and property, provides the textual basis for the recognition of implicit fundamental rights. Indeed, Article I, section 21, while not purporting to be a repository of implicit rights, provides that the listing of rights in the Idaho Constitution “shall not be construed to impair or deny other rights retained by the people”. The Inalienable Rights Clause was framed at Idaho's constitutional convention in 1889 and ratified by the people of Idaho later that same year. Thus, for us to read a fundamental right into the Idaho Constitution, we must examine whether the alleged right is so “deeply rooted” in the traditions and history of Idaho at the time of statehood that we can fairly conclude that the framers and adopters of the Inalienable Rights Clause intended to implicitly protect that right. When we apply that test to this dispute, there simply is no support for a conclusion that a right to abortion was “deeply rooted” at the time the Inalienable Rights Clause was adopted [...]. Importantly, nothing about this decision prevents the voters of Idaho from answering the deeply moral and political question of abortion at the polls [...] Additionally, as explained below, we conclude that the Total Abortion Ban, 6-Week Ban, and Civil Liability Law each pass the familiar test for determining the constitutionality of most legislation: “rational-basis” review. Under that form of review, each of these laws is constitutional because it is rationally related to the government's legitimate interest in protecting prenatal fetal life at all stages of development, and in protecting the health and safety of the mother».

5. Osservazioni finali

Nelle pagine precedenti abbiamo proposto, nella prima parte, un'ipotesi di ricostruzione astratta di una forma di governo della poliarchia nella quale – superando i limiti del *focus* tradizionale concentrato sul rapporto fra organo legislativo ed esecutivo – si tenta di incorporare tendenzialmente tutti i soggetti che sono in grado di determinare ovvero di incidere sull'indirizzo politico, con particolare riguardo all'indirizzo politico costituzionale nel quale si confrontano visioni distinte dei valori fondamentali dell'ordinamento. E, nella seconda parte, abbiamo sottoposto l'ipotesi astratta alla verifica storica, richiamando l'esperienza che, negli Stati Uniti, si è concretizzata in conseguenza dell'impatto della decisione della Corte Suprema nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). La sentenza in parola ha revocato l'effetto principale della precedente pronuncia nel caso *Roe v. Wade* del 1973 – ossia la garanzia federale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – che, benché in un contesto politico altamente contrapposto (e, in parte, forse proprio per questo), per quasi cinquant'anni ha rappresentato il diritto costituzionale vivente, sia federale che statale. Il diritto *de quo* – enunciato dalla Corte Suprema federale fornendo al legislatore un'alternativa ad una deliberazione legislativa del Congresso, politicamente impraticabile, ha costituito una soluzione quanto mai necessaria a fronte di una richiesta sociale diffusa e pressante (come, del resto, si manifesta in tutte le società occidentali “aperte”).

Il fenomeno della reazione alla sentenza in *Dobbs* fornisce un indicatore molto attendibile, a nostro avviso, circa l'idoneità della garanzia federale dei *reproductive rights* – *in primis* delle donne ma, in realtà, dell'intera società – a rappresentare il diritto costituzionale materiale diffuso, nonostante la recente pronuncia in *Dobbs*. Ed è sulla base di tale premessa che si manifesta, nella concretezza della realtà politica, il modo di essere della forma di governo della poliarchia, coinvolgendo, in particolare, i cittadini elettori e le formazioni sociali, le assemblee legislative degli stati membri – volte a confermare ovvero a contrastare gli effetti della recente giurisprudenza federale –, i giudici statali.

Gli strumenti della democrazia diretta si sono rivelati idonei a fungere da fattori catalizzatori dei processi di resilienza del sistema agli effetti innovativi della sentenza in *Dobbs*. E l'attitudine del sistema a funzionare secondo i criteri della poliarchia investe dialetticamente tanto l'ordinamento federale quanto – e soprattutto – quello degli stati membri.

La forma di governo della poliarchia corrisponde essenzialmente ad una condizione solo virtuale dei sistemi liberali e democratici pluralisti ma, in determinate circostanze – quali si sono presentate nello scenario storico statunitense – essa può configurarsi secondo modalità attuali, visibili e concrete. In questa circostanza, l'ipotesi può dirsi verificata ed è verosimilmente suscettibile di ulteriori verifiche.

Ex malo, bonum? Dilemmas (and Opportunities) as a result of Dobbs

Francesco Clementi*

ABSTRACT: This contribution aims to retrace the fundamental stages of the complex and critical jurisprudential affirmation of the right to voluntary termination of pregnancy in the US experience, trying to synthetically highlight at least three elements: (a) the political-social difficulty that there is today in the search for a new political-juridical balance to be established at the federal level; (b) the path of the 'defederalization' of rights as an always helpful tool for posing crucial questions to the people in a federal state; finally (c) highlight the potential opportunities offered by the Dobbs v. Jackson Women's Health Organization of 2022 ruling to reduce social-political polarization and confrontation.

KEYWORDS: Abortion; United States Supreme Court; Jurisprudence; Women's Rights; Reproduction

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Towards Roe v. Wade – 3. Roe v. Wade between flexibility, oscillations, and self-constraints – 4. On the prospects of a de-federalized right (and of laws against the right to terminate pregnancy) – 5. Final Remarks.

1. Introduction

The voluntary interruption of pregnancy in the United States of America was never regulated at the federal level until the Supreme Court's *Roe v. Wade* ruling in 1973. Thus, until then precisely, each individual state had provided for different legislation configuring a relatively diversified panorama, which had been the outcome of an important campaign against abortion, conducted by the American Medical Association at the beginning of the 20th century to pass laws making the termination of pregnancy illegal, except in the case of severe danger to the life of the pregnant woman.

Moreover, the picture that historically emerged – unlike what one might imagine at first glance today – portrayed this political dialectic: the Democrats (and the states where they governed) tended to be pro-life, supporting the right to life and the protection of the unborn child; while the Republicans (and the states where they governed) tended to be pro-choice, in favor of constitutional recognition of the right to abortion.

Thus, the federal ruling of 1973, which governed the voluntary termination of pregnancy across all US states until 2022, not only reflected a cultural shift in American society and politics but also aimed to rectify legislative disparities that had emerged over time, resulting in varying state-level regulations of this right.

* Full Professor of Comparative Public Law, University of Rome 'La Sapienza'. Mail: francesco.clementi@uniroma1.it. Invited contribution.

As a result, from 1973 to the present, the issue of abortion rights has increasingly been at the forefront of public and political discourse, revealing the deep-seated divisions in American society and challenging the cultural foundations of both the Democrats and Republicans. This fluctuation has been amplified and polarized over time by intense media coverage of politics, which has in turn impacted US society.

In this sense, the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ruling (597 US_2022), in which the Supreme Court annulled *Roe v. Wade* in 1973 (410 US 113, 1973), represents the end – but also the beginning – of a story that, at the bottom, is none other than the proof of how rights are always the central pivot on which to measure the dynamics of the integration or non-integration of a federal system; that is, of a system that was born and always lives within the clash and dialogue between the States and the Federation, in a continuous and dynamic confrontation that is its strength but also inevitably its weakness, as the great scholar Carl J. Friedrich has long stressed.

The aim of this contribution is to retrace the fundamental stages of the complex and criticized jurisprudential affirmation of the right to abortion in the US experience, trying to synthetically highlight at least three elements: (a) the socio-political difficulty that there is today in the search for a new political-legal balance to be established at the federal level; (b) the strategy of 'de-federalization' of rights in that system, which remains a valuable tool for raising critical questions to the American people, who ultimately hold the power to determine the political and institutional balance for each right across the federal landscape, as the rightful owner of this decision-making process; finally (c) the appropriateness of the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* of 2022, which overruled *Roe v. Wade* of 1973, offers to the US constitutional system to rediscover the right balance of rights, duties and responsibilities between the different institutions in the US legal system.

On the other hand, the principle of equality – which was born based on differentiation and is affirmed against discrimination but also thanks to discrimination – has always been qualified in the United States in very peculiar ways, which each time raises one crucial question: the change that at first sight seems a regression could, instead, be considered as a tool to move forward in a better way, with greater awareness and responsibility by all political-institutional actors?

2. Towards *Roe v. Wade*

Federal constitutions, born from the union of a group of states, are based on a pact (the word federation derives from *foedus*, Latin for pact),¹ that is, on a treaty defining the distribution of powers within the union. Thus, while the states retain some of their original features and, in particular, independent power in a limited but well-defined number of areas, similarly, the federal government has limited but real power in other areas.

In any case, whatever the nature of the federative process is, not only the federal government is always granted a minimum amount of powers sufficient to ensure the political and economic unity of the federation, but progressively – precisely from the experience of the United States – the historical evolution of this form of state has highlighted the dynamics of the relationship between the two levels of government of the federation. Therefore, at times, the relationship between the federal gov-

¹ See D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milan, 1998.

ernment and states in the US has been characterized by a dual federalism approach, which emphasized separateness or a hierarchical relationship between the superior and inferior levels. At other times, however, the relationship was more cooperative, with a focus on coordinating powers through a collaborative federalism approach.

Hence, in the continuous oscillation between centripetal and centrifugal thrusts, the constitutional balance, above all on the subject of fundamental rights, such as the right to abortion, has always been prohibited or promoted, incentivized or disincentivized, by the keystone of the federal edifice, that is, by the Supreme Court: the entity responsible for guaranteeing the supremacy of the constitution over all powers and safeguarding the unity of the state and of the legal system, protecting above freedoms and rights of citizens.

Thus, the federal system as a form of organization of power has always been centered on two elements: a natural dynamism in the relationship between the federal institutions, i.e. the states and the Federation; and the 'wisdom' of the Supreme Court in establishing, case by case, the right balance in the allocation of rights within the competences between the federal institutions.

So it is within this background that the right to abortion in the United States and its historical evolution should be analyzed.²

Then, in this perspective, the historic Roe vs Wade ruling of 1973 represents one of the most prominent moments in the jurisprudence of the Supreme Court: a true milestone both for the affirmation of women's freedom as such in the United States (which had also effects in most stabilized democracies), and for the definition of an important set-up in the definition of the relationship between Federation and States. This is expressed, above all, by the contrast between values, also about the impact on the organization of health provisions to make rights that are extended at the federal level a concrete reality.³

The different choices on abortion that have emerged over the course of US history originate from a combination of multiple factors that forcefully began from 1966 when, with the support of the Democrats and based on the recommendations of the American Law Institute, the pro-choicers proposed the reform of the law to decriminalize therapeutic abortion to protect abortionists.⁴

Within a very divided landscape – at the beginning of the 1960s, only the state of Pennsylvania prohibited abortion without taking women's physical or mental health into account, while in other states such as Alabama, Colorado, New Mexico, Massachusetts, and the District of Columbia, abortion was only permitted if the woman's life or physical health was in danger, and Mississippi even in the case of rape – the situation gradually changed with the emancipation of women and the awareness of women's rights. The latter, from being passive and inactive subjects of social life, historically deputed to the care of the home and the family, developed an identity as a politically relevant group, bearer of demands and interests to be promoted and protected: among all, reproductive rights were evidently among their top priorities.

² On the subject, briefly, see: R. SIEGEL, *The Constitutionalization of abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion Law in Transnational Perspective*, Madison, 2014; more recently, on the different models of abortion regulation, see: G. BOGNETTI, *Aborto (voice)*, in *Enciclopedia Treccani*, 1991.

³ See L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *dpceonline.it*, 3, 2020, 4453 ss

⁴ See G. GALEOTTI, *Storia dell'Aborto*, Bologna, 2003.

Thus, while in 1962 the American Law Institute suggested a model of penal code to legalize abortion, bringing the United States to an initial turning point, between 1967 and 1971 as many as seventeen states reformed or abrogated their domestic laws on the subject to favor a progressive legalization of abortion.⁵

These changes clearly took place even though that since 1873 the United States had passed the Comstock Act, a federal statute prohibiting the publication or circulation of medicines and information materials concerning not only abortion but also contraception. This law has such consequences that it also effectively prohibits the use of contraceptives. Hence the recourse of many women to illegal abortion, which, when denounced, has always resulted in convictions and appeals in district or federal courts over the decades.

Yet the revolution of the 1960s and 1970s not only produced the manifesto that, in 1968, Frederick Jaffe, former president of the International Planned Parenthood Federation, wrote on behalf of the World Health Organization to control fertility, encouraging a policy of sex education aimed at reducing the number of births but even found as an ally the then Secretary of State of US President Gerald Ford, Henry Kissinger. Kissinger drew up a document entitled *'Implications of World Population Growth for the Security of the United States and Foreign Interests'*, which, in line with the views of Margaret Higgins Sanger, the founder and first president of the International Planned Parenthood Federation, emphasized the importance of birth control in the United States to avoid the scourge of illegal abortions and the number of women who died as a result of them; as another decisive figure, gynecologist Bernard Nathanson, one of the founders of the National Association for the Repeal of Abortion Laws, had repeatedly stressed.

It is clear, then, that the Supreme Court itself could not fail to have a decisive role to play on this issue as well; not least because over the years it had been called upon several times to compensate precisely for the asymmetries that had emerged in the area of the protection of fundamental rights between individual state legislatures.

On the other hand, the Supreme Court, in the meantime, had strengthened its basis for broader protection of fundamental rights not codified in the Constitution, but certainly included in the notions of liberty and due process. This had taken place both through the definition and strengthening of the theory of incorporation as well as through that of the due process clause; techniques and decisional instruments useful – as far back as the *Palko v. Connecticut* ruling of 1937 (302 US 319, 1937) – to establish that the fundamental rights, protected by the due process clause, correspond to principles of justice so deeply rooted in the traditions in the conscience of the American people as to be classified as fundamental, in fact finding their historical roots as far back as the Bill of Rights of 1791.

Thus, by the end of the 1930s, those concepts and those protections to be guaranteed in the balancing against other rights and against public interests were consolidated; legal solutions that require and impose, in short, careful and severe scrutiny in the judicial review of legislation.

The turning point, as is well known, came in 1953 with the appointment as Chief Justice of the Supreme Court of Earl Warren, who invited and promoted the work of the Supreme Court towards a robust expansion of the catalogue of fundamental rights, especially in the field of freedoms and civil rights, within what was later called the Civil Rights Revolution of the Warren Court.

⁵ See M. NIJSTEN, *Abortion and Constitutional Law. A Comparative European-American Study*, Florence, 1985.

Thus, civil rights were strengthened, the role of religion in schools was scaled down, and racial segregation was combated, since the well-known *Brown v. Board of Education of Topeka* ruling (347 US 483, 1954). Here, through the application of the equal protection clause provided by the 14th Amendment, the US Supreme Court, overruled its precedents, and consolidated on particularly conservative and restrictive positions. Similarly, through the *Griswold v. Connecticut* judgement (381 US 479, 1965), the Court expansively applied the doctrine of incorporation and expanded the right to privacy to the full protection of individual self-determination, elaborating the doctrine of penumbras.⁶

Indeed, the Warren Court's action was strategic in overcoming the many political, legislative, and judicial resistances made by state courts and in strengthening the freedom of choice of individuals. This way, it launched with a strongly centralizing approach, the expansion of fundamental rights at the federal level, giving rise to a New Federalism, the main cultural basis of the 1973 *Roe v. Wade* ruling.

3. *Roe v. Wade* between flexibility, oscillations, and self-constraints

The legal basis of *Roe v. Wade* is to be found first and foremost in the concept of the right to privacy, already proposed and declared by the Supreme Court in *Griswold v. Connecticut*; although already in the 1940s the Supreme Court had been asked about the constitutionality of state laws against the use of contraceptive methods. Thus, for example, as early as 1943, in *Tileston v. Ullman* (318 U.S. 44, 1943), a doctor appealed for the repeal of a Connecticut law, which on the one hand prohibited the use of any method of preventing and impeding conception and on the other prohibited medical personnel from recommending the use of contraceptives to women to whom a pregnancy could result in serious damage to their health if not death. However, the Court dismissed that case on mere procedural grounds, again striking down Tileston himself in *Poe v. Ullman*, holding instead that the annulment of that unimplemented legislation in this case potentially precluded constitutionally adequate alternative solutions that had not yet been applied.

Therefore, the *Griswold v. Connecticut* decision – which codified the right to privacy in the US legal system, despite the first theorization on the subject by Samuel Warren and Louis D. Brandeis in 1890 in the *Harvard Law Review*⁷ – paved the way for *Roe v. Wade*; since in that judgement, *inter alia*, the Court sanctioned the right of the State not to interfere in the contraceptive methods that a married couple decides to use, thus leaving this right within the realm of the private choices of individuals. Thus, still, in the hands of the States.

So, these continuous oscillations within a natural flexibility of the right to abortion as a field of confrontation and clash between states and the Federation in the definition of individual rights, if on the one hand led to self-binding on the part of individuals as well as certain states while awaiting a decision on the subject by the Supreme Court; on the one hand, at the same time, all this pushed forcefully for a change of mentality on the subject of abortion, such as to favor a new interpretation of the problem by the Supreme Court itself, within those very penumbras that were first underlined in 1965 in *Griswold v. Connecticut*.

⁶ See V. BARSOTTI, *Privacy e Orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005

⁷ See S. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 193 ss

On the other hand, it should never be forgotten that until 1973 abortion was permitted, at the woman's request only, in just four states: Hawaii, New York, Alaska, and Washington. And that in over thirty states until then, abortion was criminally prosecuted.⁸

The Supreme Court first dealt with abortion in 1971, ruling negatively in *United States v. Vuitch* (402 US 62, 1971).

However, the turning point came on 22 January 1973 when, by a majority of seven votes to two, relying on a broad interpretation of the Fourteenth Amendment of the Constitution, again on the subject of the right to privacy, here understood as the right to free choice in matters relating to the intimate sphere of the person, the Supreme Court emphasized that the Texas legislation violated the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment because the choice to terminate a pregnancy fell within the scope of the right to privacy, included in the concept of liberty; and that the decision must be free from state interference. At the same time, the Court identifies three distinct moments during pregnancy to ensure a balance between the right to privacy and the State's interest in protecting potential life. Thus, by the end of the first trimester of gestation, a doctor is empowered to assess whether to allow an abortion to take place. Abortion in the second trimester, on the other hand, is left to the legislation of individual states, taking into account the protection of the woman's health. Finally, if the abortion takes place at a time when the fetus has a chance of survival, and therefore in the last trimester, priority is given to protecting the life of the fetus.

On this basis, Justice Blackmun, writing for the majority, not only explains why historically the pre-eminent federal interest, supported by the case law developed from the late 19th to early 20th century, has always been that of protecting the health of the woman over the protection of the life of the fetus, but also why it is precisely the right to terminate a pregnancy that represents the declination of the right to privacy, referable to the principle of personal liberty enclosed in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Abortion thus looms as a personal choice – in a 'protected period' of three months – in which the State cannot afford to interfere.

While this ruling recognizes abortion as a right, it does not absolutize it. In fact, it allows state legislation to regulate health, the provision of medical standards and the protection of potential life, pointing out that the state interest, in some cases, might even have prevailed over the particular interest of the pregnant woman.

Thus, the right to privacy allows the woman to choose to terminate the pregnancy within the first trimester freely, subject to consultation with and approval by a doctor; after that, and up to and including the sixth month, the state has full power to place limitations designed to safeguard the woman's health, but not to prohibit abortion tout court; after the seventh month, the state may legitimately prohibit the termination of pregnancy, since the fetus is endowed with viability, that is, the capacity for autonomous survival.

Hence this judgement definitively opens up a new right – the practice of abortion – causing the consequent unconstitutionality of all state laws contrary to the practice of abortion in the manner and form defined by the Court (in particular, it concerned all state laws on abortion, except for that of the State of New York, at the time the only one compatible with the principles enunciated by the Court).

⁸ See J. SHIMABUKURO, *Reviewing Recently Enacted State Abortion Laws and Resulting Litigation*, CRS Report LSB 10346, September 6, 2019.

From 1973 onwards, however, this judgement was criticized from many quarters, also because of the style of argument used by the Court, which for some was not sufficiently anchored to the constitutional provisions, since as by supporting the right to abortion on the right to privacy – in itself already sufficiently broad and controversial – it would have rendered the right to abortion itself very unstable, which, as is well known, had no significant basis in the texts, legislative history or precedents of US jurisprudence before this judgement.⁹

In short, many unresolved issues seem to emerge from the fundamental principles established in the judgement, including the refusal to establish, without a shadow of a doubt, the moment in which life can be said to have begun and the impossibility of considering the unborn child in the same way as a person who already exists; although in some respects this appears to contradict the ‘trimester theory’ defined by the Court itself, which becomes the demarcation point for considering abortion a right or not.

In short, for many critics of this ruling, right from the start we were faced with a text that affirms a right based on a fundamental ambiguity, insofar as it is founded on a concept that is legally unstable and fragile insofar as it is not universally recognized as the exact beginning of life.

Therefore, over the years, and then decades, it was the same liberal-minded interpreters, before those of a conservative bent, who emphasized very strongly the need for the right to terminate pregnancy recognized by the Supreme Court through *Roe v. Wade* in 1973 was to be strengthened, specified and definitively perimetried by a federal law of Congress; in fact, only an act of this kind could have given, precisely because it stemmed from the synthesis of a political choice, a truly balanced response; one that would have promoted a new type of equality because it was politically more shared.

Yet the political fracture caused by the *Roe* ruling ended up increasingly dividing and polarizing political positions; preventing, in fact, any form of strengthening and legislative consolidation of that decision. On the contrary, already after three years, Congress, sponsored by Illinois Republican Congressman Henry J. Hyde, passed the first Hyde Amendment to the Medicaid tax to prohibit the use of federal Medicaid funds for abortion and to cancel its therapeutic practice for general health reasons, i.e. 98% of recurrences.

The objective was therefore clear: to prevent the implementation of *Roe v. Wade* in practice.

The abortion issue then lands, year after year, in national political debates, especially during presidential elections. And political conflict after political conflict, election campaign after election campaign, it becomes more and more evident that the polarization is such that it is very difficult to find an agreement on a law in Congress, thus leaving the right to abortion increasingly becoming a lawless right.

The most evident concrete effect is that abortion, as a right, is actually a right only for those who can afford it in private, given that federal health care coverage for the exercise of this right is systematically reduced within the political conflict by laws of Congress or measures by Presidents with a Republican majority; thus, emptied from within, the first to pay the price for a right proclaimed but dif-

⁹ See L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 3, 2022.

difficult to demand because of its high costs are women in poor economic situations, mostly foreigners or belonging to minorities.

In short, the economic constraints on the practice of abortion are such as to make it very expensive, and therefore very difficult, for women with less economic means, to terminate a pregnancy. To such an extent that it becomes clear that it will be very difficult to imagine the passing of a law in Congress when, within the progressive affirmation of the originalist orientation of the constitutional text starting from the Reagan Administration, the Mexico City Policy is affirmed: a regulation wanted by Reagan in 1984 to prohibit foreign non-governmental organizations, which receive federal funds, from using their own funds to pay for abortion practices for those who cannot afford it. The sharp expansion over the years of the legislative restrictions already in place as a result of this policy then made it increasingly difficult for less affluent women to access the practice.

Representing one of the most controversial rulings in the history of the United States, the Court itself has intervened on several occasions over the years in an attempt to redefine the boundaries of the right to abortion enshrined in it. Thus, in 1992, with *Planned Parenthood v. Casey* (505 US 833, 1992), the Court introduced the undue burden test to scrutinize the legitimacy of state legislation on the subject, while in 2007, with *Gonzales v. Carhart* (550 US 124, 2007), the Court declared the constitutionality of the federal law outlawing one of the techniques of so-called partial-birth abortion. At the same time, state legislators have also tried to regain the spaces that the Roe ruling had taken away from them; by limiting, where possible, the right to abortion with the famous 'trap laws' (TRAPs law), which affect various procedural and substantive aspects of abortion, such as the provisions concerning standards for abortion clinics and for doctors who perform abortions, requirements which paradoxically are not required of facilities where the medical interventions are performed, such as childbirth, which expose patients to far greater risks.

The point is that, even though that the Roe ruling has brought abortion to the level of constitutional law, the issue is far from settled, and the progressive and increasingly extreme polarization between pro-life and pro-choice is perhaps a natural consequence of the very intervention of the Supreme Court, that legally imposed a choice, perhaps not yet fully mature on a social and political level.

4. On the prospects of a de-federalized right (and of laws against the right to terminate a pregnancy)

The Supreme Court's landmark *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* decision of 24 June 2022 overrules *Roe v. Wade* of 1973 but also *Planned Parenthood v. Casey* of 1992 and affirms the non-existence of a federal right to abortion. It also gives individual states full power to regulate any aspect of abortion not protected by federal law.

On the one hand, in an attempt to overcome *Roe v. Wade*, it has in fact allowed those 'trigger laws', promoted by more than thirteen states in favor of a pro-life cultural line, which aim to prohibit abortion completely, to become automatically effective; on the other hand, it has favored the rush by another sixteen states, in favor of a pro-choice cultural line, to enact laws to expand and protect that right.

What emerges from this picture is an America in which women with unwanted pregnancies will still be able to obtain abortions, but to do so, they will need access to information about the medical facilities that allow abortions and the private organizations to which they can turn. At the same time, they will have to avoid spreading the news so as not to fall victim to criminal and administrative sanctions if they are residents in a state that is against the termination of pregnancy; and thus, to have the time – and the financial resources, let it be clear – to travel outside the borders of that state whose legislation is against them.

A further element: for women seeking a legal abortion, the most difficult issue concerns the availability and the accessibility of information on the ways, forms, places, and facilities, as well as costs, where they can exercise what is only recognized as a right at the state level, asymmetrically, depending on their state of residence. The risk is therefore that we will soon find ourselves faced with an internal ‘migration’ of women who, seeking access to a legal and safe abortion practice primarily outside their state of residence, move along ‘routes’ to abortionist states; while, at the same time, other states will do everything in their power to avoid this internal movement to deny pregnant women from having abortions. On the other hand, it cannot be ruled out that there could be cases where some anti-abortion states could require women of childbearing age to take a pregnancy test before boarding a flight to destinations where abortion is legal.

The fact is that although efforts to halt the right to abortion altogether are likely to meet with a violent backlash, the change and evolution in the composition of the Supreme Court have indeed initiated a new season of jurisprudence that aims to consolidate the pro-life movement; even further, if it makes evident the importance of the dissent of Justices Steven Breyer, Elena Kagan, and Sonia Sotomayor in the Dobbs ruling as being capable of well highlighting the limitation of women’s rights and their status as free and equal citizens, it presents it in itself however ultimately fragile, as it is incapable of drawing strength from the divisions within the majority line-up.

Thus a way to find, within the framework of the Court’s argumentative path, a solution that would in any case recover the possibility of exercising that freedom now denied, can only rest on the position of Chief Justice John Roberts. Coming from a republican culture, while supporting the Court’s decision, the Chief Justice wanted to add a concurring opinion of his own, which says something significant, namely that a reasonable opportunity to choose rights must always be guaranteed.¹⁰

Therefore, beyond of the polarizations that politics will want to take, and setting aside for a moment the severe reflections on the choices that, daily, considering this political and legal situation, women will be dramatically forced to make in their lives to find an adequate, balanced and proper path, to return to guaranteeing this right throughout the federation there is only one natural way forward in the absence of an act of Congress: that of making the position expressed by the Chief Justice a majority one, thus rediscovering that lost balance.

¹⁰ On President Roberts’ reading of this issue, see 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.

5. Final remarks

The loss of a fundamental constitutional protection, which the Roe ruling had instead helped to give to many women, allows for some final annotations, which start from a consideration, namely that the United States, following the Dobbs ruling, represents an anomaly in the world of stabilized democracies in this regard, given that internationally today it is mostly recognized among human rights that a right to abortion is protected.¹¹

Therefore, if this choice inevitably marginalizes the United States in the protection of sexual and reproductive health and rights, as has rightly been noted by US Ambassador Linda Thomas-Greenfield,¹² it may, on the other hand, spur the citizens of the United States themselves – the Americans – to rediscover among themselves the reasons for overcoming what a true democratic regression is.

On the other hand, the judicial federalization or de-federalization of a right by the Supreme Court, or the legislative or not-legislative extension of a right at the federal level for all by Congress, has always been nothing more than a great question of meaning – a real dilemma – posed to citizens before their representatives; therefore in front of themselves as first and last holders of the right to decide in their democracy. A question that, facing the historical decades-long inertia of Congress, now can also be experienced at the same time as a pressing invitation to overcome the political polarization that has weighed heavily in this regard in recent years, and to devote oneself instead to reasoning about the long-term effects that this ruling could produce: including those resulting from a permanent state of ‘culture wars’ that can do nothing to improve the civil coexistence in that society and, at the same time, to ameliorate the daily life first and foremost of the American women.

In essence, the question that the outcome of Dobbs poses to an American citizen continues to be always the same: that democracy must be nurtured every day, and that rights without duties, starting with that of participation and of their legislative consolidation, ultimately produce only empty and misunderstood rights, which gradually lose their force and come to be degraded.

The solution then lies once again in the commitment of individuals to rediscover the reasons for that right, to strive to affirm them, explaining the true meaning that right represents. And to find in the dialogue between those who are against it, the non-violent ways to affirm it, first and foremost in a federal legislative form.

If the situation will be as we prefigure, perhaps then it will be possible to say that, in the end, the effect that has sprung from Dobbs will have been opposite and contrary to that defined by the judicial majority opinion, such that it will even lead one to say, surprisingly: *ex malo, bonum*.

¹¹ See S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

¹² See the Statement by Ambassador Linda Thomas-Greenfield on Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, available at: <https://usun.usmission.gov/statement-by-ambassador-linda-thomas-greenfield-on-supreme-court-ruling-in-dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

La sentenza *Dobbs v. Jackson*: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti

Antonia Baraggia*

THE DOBBS V. JACKSON JUDGMENT: A NOT ENTIRELY UNFORESEEABLE SOLUTION IN THE ABORTION LITIGATION IN THE UNITED STATES

ABSTRACT: The article analyzes the decision *Dobbs v. Jackson* of the US Supreme Court, highlighting the American “exceptionalism” in the abortion regulation issue from a comparative perspective. Moreover, the contribution aims at reflecting on the constitutional impact of the *Dobbs* judgment, with particular reference to the tensions relating to the separation of powers and the relationship between the representative democratic circuit and the judicial area, which the case – like all previous jurisprudence on the subject – seems to highlight.

KEYWORDS: US Supreme Court; abortion; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; fundamental rights

ABSTRACT: Il contributo intende analizzare il caso *Dobbs v. Jackson* deciso dalla Corte Suprema americana mettendo in evidenza una sorta di “eccezionalismo” americano nella trattazione della questione dell’aborto in ottica comparata. Il contributo, inoltre, intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti; aborto; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una premessa: un caso apparentemente “facile” – 3. La natura del diritto all’aborto: la sua de-costituzionalizzazione – 3.1. Il principio dello *stare decisis* – 3.2. L’argomento democratico – 4. L’aborto negli Stati Uniti nell’era *post-Dobbs*.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Mail: antonia.baraggia@unimi.it. Il presente contributo riprende in parte le argomentazioni trattate nel volume A. Baraggia, “Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche”, Seconda edizione, Giappichelli, 2022. Contributo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Guardando retrospettivamente l'evoluzione della regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti, la sentenza *Dobbs*¹, pur certamente dirompente e problematica dal punto di vista ordinamentale, non può essere considerata del tutto inaspettata e, anzi, può essere letta come l'esito stesso del processo di polarizzazione che ha interessato il contesto politico e costituzionale americano e dei ripetuti tentativi da parte dei legislatori nazionali di riappropriarsi della questione dell'aborto, avviatisi all'indomani della decisione della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade* del 1973.

Che *Roe v. Wade* abbia contribuito a determinare una estrema polarizzazione e conflittualità nell'ambito della regolamentazione dell'aborto non è certo una tesi nuova e nemmeno minoritaria². Del resto, anche in ottica comparata il caso americano appare essere un "outlier"³ per la radicalità e la conflittualità che ha caratterizzato il dibattito in tema di aborto.

Con ciò non si intende sostenere che in altri ordinamenti la pratica abortiva non sia stata oggetto di visioni contrapposte e finanche inconciliabili; tuttavia, quello che il diritto comparato insegna è, piuttosto, la capacità di molti ordinamenti di giungere a soluzioni intermedie e compromissorie tali da contenere la contrapposizione radicale tra posizioni antitetiche e ultimamente inconciliabili.

Fatta questa considerazione, che mette in luce "l'eccezionalismo" americano nella trattazione della questione dell'aborto, il presente contributo intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

2. Una premessa: un caso apparentemente "facile"

Nello "tsunami" ordinamentale provocato da *Dobbs*, vi è un aspetto che pare essere rimasto in ombra in tutta la vicenda che qui si commenta: la natura della regolamentazione introdotta dallo Stato del Mississippi, oggetto della sentenza *Dobbs*⁴.

Si trattava, in particolare, di una legge che proibiva l'aborto oltre la quindicesima settimana di gestazione – e quindi prima della c.d. viabilità del feto – ad eccezione del caso in cui vi fosse una emergenza medica o in caso di anomalia fetale.

A un breve, anche superficiale, confronto, appare evidente che non siamo di fronte a una legislazione eccentrica in ottica comparata: il termine delle 15 settimane pare infatti in linea con le scelte di natu-

¹ Per i primi commenti nella dottrina italiana, cfr. 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 Quad. Cost.*, 2 novembre 2022; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022, soprattutto 17 ss.; 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*, 3, 2022, 1609 ss. e A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2022, 393 ss.

² J. HART ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, 949.

³ R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford, 2014, 262.

⁴ *Mississippi Gestational Age Act*, 2018.

ra temporale introdotte in diversi ordinamenti, quali Italia e Irlanda (aborto praticabile entro 12 settimane di gestazione), Spagna e Francia, Argentina (entro 14 settimane di gestazione).

Si tratta di una legge che applica uno schema temporale di regolamentazione dell'aborto, peraltro, come si legge nel testo normativo, definito alla luce di una serie di evidenze mediche e scientifiche. Una legge dunque che, al pari di molte altre incidenti in tema di aborto, è espressione di un particolare bilanciamento tra diversi interessi in evidenza.

L'impatto di *Dobbs* non riguarda tanto la legge in questione, che appunto non pare essere, alla luce del dato comparato, particolarmente problematica; esso è stato invece sistemico, perché, nel giudicare la costituzionalità di tale previsione di legge, la Corte Suprema ha affermato che l'aborto non trova fondamento alcuno nel testo della Costituzione e non può essere protetto implicitamente da previsioni costituzionali, nemmeno quella che ha costituito il fondamento di *Roe v. Wade*, ovvero sia la *Due Process of Law Clause* del XIV Emendamento.

In definitiva, alla luce di *Dobbs*, l'aborto non è (più) riconosciuto come diritto fondamentale e la sua regolamentazione viene rimandata alla determinazione dei singoli Stati e, dunque, al circuito democratico rappresentativo.

Si tratta senza ombra di dubbio di una sentenza problematica e dirompente alla luce di molteplici profili: *in primis*, per l'*overruling* di due precedenti come *Roe* e *Planned Parenthood* che, sebbene con sfumature diverse, avevano assicurato l'aborto come diritto costituzionale da almeno cinquant'anni; in secondo luogo, a dispetto delle rassicuranti parole del Giudice relatore Alito sul punto, per l'impatto che essa potrà avere su altri diritti riconosciuti dalla giurisprudenza senza alcun riferimento testuale in Costituzione, come al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁵, altri diritti riproduttivi e la contraccezione; infine per l'impatto che avrà sulla tutela effettiva di un diritto goduto dalle donne americane a partire dagli anni '70 e ora soggetto a sicure restrizioni, finanche draconiane, da parte di alcuni Stati.

⁵ Sul punto, è doveroso evidenziare che, al fine di "blindare" attraverso una legge federale il diritto al matrimonio omosessuale sancito dalla Corte Suprema in *Obergefell v. Hodges* (2015) ed evitare un *overruling* analogo a quello provocato da *Dobbs*, in data 8 dicembre 2022 il Congresso ha definitivamente approvato – su impulso del Partito Democratico e con il sostegno di una parte del Partito Repubblicano – il *Respect for Marriage Act* (H.R. 8404). In particolare, da un lato è stata superata la definizione del matrimonio come unione solo tra due persone di sesso diverso (introdotta dal *Defense of Marriage Act* del 1996 e dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema in *United States v. Windsor* del 2013), affermando che «for the purposes of any Federal law, rule, or regulation in which marital status is a factor, an individual shall be considered married if that individual's marriage is between 2 individuals and is valid in the State where the marriage was entered into or, in the case of a marriage entered into outside any State, if the marriage is between 2 individuals and is valid in the place where entered into and the marriage could have been entered into in a State» (sec. 5); dall'altro, è stato anche ribadito il pieno rispetto del diritto di libertà religiosa e di coscienza (sec. 6.a) – ai sensi del Primo Emendamento – prevedendo altresì che «nonprofit religious organizations, including churches, mosques, synagogues, temples, nondenominational ministries, interdenominational and ecumenical organizations, mission organizations, faith-based social agencies, religious educational institutions, and nonprofit entities whose principal purpose is the study, practice, or advancement of religion, and any employee of such an organization, shall not be required to provide services, accommodations, advantages, facilities, goods, or privileges for the solemnization or celebration of a marriage» (sec. 6.b).

Si tratta, dunque, sul piano della tutela costituzionale, di uno sconvolgimento epocale che, in modo uguale e contrario a *Roe*⁶, accresce la già presente polarizzazione sociale intorno al tema controverso dell'aborto. E tuttavia, pur nella sua problematicità, *Dobbs* offre interessanti spunti di riflessione rispetto al ruolo del processo democratico nella determinazione di questioni controverse – anche alla luce dell'esperienza comparata – nonché rispetto al ruolo delle Corti e dell'interpretazione costituzionale nella definizione di nuovi diritti e nel mutamento costituzionale. L'*opinion* di maggioranza afferma a chiare lettere che «*Roe and Casey must be overruled*».

Interessante è allora ripercorre l'*iter* argomentativo che conduce a una simile conclusione, il quale si focalizza su tre aspetti principali: la natura costituzionale del diritto all'aborto alla luce della tradizione di *Common Law*; il rispetto del precedente vincolante; l'argomento democratico, ovvero a chi spetta la decisione in materia di questioni controverse che non trovano copertura costituzionale.

3. La natura del diritto all'aborto: la sua de-costituzionalizzazione

Rispetto alla natura dell'aborto, la Corte afferma che «the Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment»⁷.

Infatti, sebbene sia certamente vero che la stessa previsione del XIV Emendamento è stata usata, nella sua dimensione sostanziale, per garantire diritti innominati nel testo della Costituzione, quegli stessi diritti dovevano essere «deeply rooted in (the) Nation's history and tradition» e «implicit in the concept of ordered liberty»⁸ così come la Corte aveva già avuto modo di affermare in tema di suicidio assistito nel caso *Washington v. Glucksberg*⁹.

Tuttavia, secondo la Corte il diritto all'aborto non rientra nel quadro dei diritti profondamente radicati nella storia della Nazione, come dimostra il fatto che prima di *Roe* e, ancor più lontano, al momento dell'adozione del XIV Emendamento, l'aborto era considerato dalla maggioranza degli Stati un reato a tutti gli stadi della gravidanza. Allo stesso esito si giunge andando a ritroso nella tradizione di *Common Law*, in cui l'aborto era punito dopo il c.d. “*quickenning*”.

⁶ In dottrina si è sostenuto che «la Corte Suprema ha dimostrato uno spiccato attivismo [...] allontanandosi dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è garanzia della certezza del diritto e limite al potere creativo dei giudici». (C. CARUSO, *Originalismo e politicalità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

⁷ 597 U. S. ____ (2022), 5.

⁸ *Ibidem*.

⁹ 521 U.S. 702 (1997), 721. Per una critica a tale impostazione, cfr. E. CHEREMINSKY, *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Michigan Law Review*, 106, 8, 2008, 1505, secondo cui «this assumption that a fundamental right exists only if there is a tradition of protecting it is wrong both descriptively and normatively. Descriptively, the Court has been willing to protect rights even though there has not been a tradition of protection. For example, laws prohibiting interracial marriage were far more “deeply rooted in this Nation's history and tradition” than the right to interracial marriage, but in *Loving v. Virginia*, the Court held that such a right is protected by the Due Process Clause [...] Normatively, the fact that laws have long existed does not answer the question as to whether the interest the laws regulate is so integral to person-hood as to be worthy of being deemed a fundamental right».

Attraverso questa analisi storica, la Corte giunge ad affermare che «the inescapable conclusion is that a right to abortion is not deeply rooted in the Nation's history and traditions»¹⁰ e, come tale, non può essere ricondotto nell'alveo dei diritti innominati coperti dalla clausola del XIV Emendamento.

La natura costituzionale dell'aborto viene letta, oltre che alla luce dell'argomento storico, anche alla luce di quello che potremmo definire ontologico: l'*opinion* di maggioranza afferma ripetutamente che l'aborto è per sua natura differente rispetto agli altri diritti "innominati" (come la contraccezione e il matrimonio tra persone dello stesso sesso), perché esso implica la presenza di una vita potenziale che verrebbe meno nella decisione abortiva¹¹. Questa differenza ontologica fa sì che, a detta della Corte, i precedenti su cui si fondava *Roe* non siano significativi e, come tale, la stessa *Roe* sarebbe stata fondata su presupposti sbagliati: «None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way»¹².

In questo passaggio la Corte rassicura sul fatto che l'*overruling* di *Roe* resti un episodio confinato nell'ambito problematico e moralmente delicato quale è l'aborto e che *Dobbs*, pertanto, non andrà a lambire, negando loro protezione costituzionale, altri "nuovi" diritti riconosciuti in via giurisprudenziale dalla Corte Suprema¹³.

3.1. Il principio dello *stare decisis*

Il secondo aspetto centrale dell'*opinion* riguarda il principio dello *stare decisis* e, dunque, il rispetto del precedente vincolante, costituito da *Roe* e *Casey*.

I giudici di maggioranza sono ben consapevoli che «overruling a precedent is a serious matter»¹⁴ e che tale operazione richiede solide motivazioni. Cinque sono gli aspetti che la Corte ritiene possano essere utilizzati per sostenere la necessità dell'*overruling* di *Roe*: la natura dell'errore del precedente, la qualità del *legal reasoning*, la possibilità di applicare in concreto le regole definite dal precedente, i possibili effetti su altre aree del diritto e, infine, il principio che potremmo definire del legittimo affidamento.

Nel caso in esame, *Roe*, afferma la Corte, muove da una interpretazione errata della Costituzione e «it was on a collision course with the Constitution from the day it was decided»¹⁵. In particolare, *Roe*

¹⁰ 597 U. S. ____ (2022), 25.

¹¹ «Abortion is different because it destroys what *Roe* termed "potential life" and what the law challenged in this case calls an "unborn human being». *Ivi*, 4.

¹² *Ivi*, 35.

¹³ In quest'ultimo senso si è espresso 597 U. S. ____ (2022), Thomas, J., concurring, 3, secondo cui «in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*». Tale posizione emerge – sotto forma di timore per la tutela futura di tali diritti – anche in 597 U. S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, 5: «[...] one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority's opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other».

¹⁴ 597 U. S. ____ (2022), 43.

¹⁵ *Ivi*, 44.

avrebbe usurpato il potere – che la Costituzione affida al popolo – di definire questioni di profondo rilievo morale e sociale e così facendo la Corte «short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans who dissented in any respect from Roe»¹⁶.

Per quanto riguarda il secondo fattore di superamento del precedente, la Corte sottolinea la debolezza del *legal reasoning* di *Roe*, il quale «found that the Constitution implicitly conferred a right to obtain an abortion, but it failed to ground its decision in text, history or precedent»¹⁷.

Non solo, ma introducendo un dettagliato schema per la regolamentazione dell'aborto con la teoria dei trimestri, la Corte ha svolto una attività quasi legislativa, senza tuttavia addurre giustificazione alcuna per le precise scelte operate.

Particolarmente problematica è la distinzione tra aborti prima e dopo la “*viability*”. Quale è il fondamento di tale distinzione e perché *Roe* lo considera come il *discrimen* in cui può sorgere un interesse dello Stato a protezione della vita in potenza?

Una scelta tanto più discutibile anche alla luce del fatto che il concetto stesso di *viability* è variabile, soggetto all'influenza di diversi fattori esogeni rispetto alle caratteristiche del feto, come per esempio l'avanzamento delle tecniche di cura neonatale e la qualità delle infrastrutture mediche, cosicché la *viability* potrebbe variare in base al luogo in cui una donna si trovi ad essere assistita. Inoltre, anche dal punto soggettivo, la determinazione della *viability* dipende da un insieme di fattori, quali l'età gestazionale, il peso del feto e la condizione di salute generale della madre e non sarebbe dunque possibile una sua fissazione generale *a priori*. E ancora, continua la Corte, «even if each fetus's probability of survival could be ascertained with certainty [...] is a fetus viable with a 10 percent chance of survival? 25 percent? 50 percent? Can such a judgment be made by the State?»¹⁸.

La debolezza del termine della *viability* del resto era già stata ammessa da *Casey*, laddove, pur senza giungere al superamento di *Roe*, la Corte Suprema aveva introdotto un nuovo test per verificare la legittimità di una legge statale in materia d'aborto: l'*undue burden test*. Anche l'*undue burden test* pone alcune incertezze circa la sua concreta declinazione, come emerso nel precedente caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁹ in cui la Corte aveva adottato una precisa e nuova declinazione del test, basata sull'analisi costi-benefici. Proprio queste incertezze interpretative sono alla base della terza giustificazione addotta in *Dobbs* per sostenere la necessità dell'*overruling*: ovvero il fatto che le regole identificate siano comprensibili e applicabili in «a consistent and predictable manner»²⁰. Ebbene, sul punto la Corte argomenta che il test dell'*undue burden*, come del resto testimoniano le divergenze interpretative più recenti, anche nelle Corti distrettuali, «has proved to be unworkable»²¹ e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance “the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles”»²².

Infine, per quanto riguarda gli ultimi due criteri a fondamento dell'*overruling*, il primo riguarda gli effetti su altre aree del diritto e il secondo il rispetto del principio del legittimo affidamento. Rispetto al

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, 45.

¹⁸ *Ivi*, 53.

¹⁹ 579 U. S. 582 (2016).

²⁰ 597 U. S. ____ (2022), 56.

²¹ *Ivi*, 61.

²² *Ivi*, 62 (cit. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991), 827).

primo, la Corte afferma, in maniera piuttosto apodittica, che *Roe* e *Casey* hanno scardinato regole e dottrine consolidate come la *third party standing doctrine*, il principio della *res iudicata* e anche il principio che prevede di interpretare ove possibile le leggi al fine di evitare la declaratoria di incostituzionalità.

In riferimento all'ultimo criterio, il legittimo affidamento (*reliance interests*)²³, la Corte afferma che, nel caso dell'aborto, non sia possibile applicare il concetto classico di legittimo affidamento, in quanto la decisione di abortire è in generale una attività non pianificata. Giova forse ricostruire i non sempre nitidi confini del concetto di *reliance interests*. In prima battuta è necessario sottolineare che le «legitimate expectations of those who live under the law»²⁴ sono di regola identificate con costi di natura economica legati ad investimenti e ad altre operazioni commerciali. Il *reliance interest*, seppur preminente in queste situazioni, può, tuttavia, essere applicato anche ad altri diritti di natura non economica. In quest'ultimo caso, infatti, come afferma Kozel, «when stakeholders have taken tangible steps or made concrete plans in reliance on Supreme Court pronouncements the disappointment of their expectations is pertinent»²⁵. Più in generale, è possibile individuare diverse tipologie di *reliance interests*: accanto a quello dei privati, vi è quello governativo e legislativo ed infine quello sociale²⁶. Quest'ultimo, in particolare, «ha[s] played a role in major constitutional cases»²⁷, come nel caso dell'aborto, in particolare in *Casey*. In quest'ultima sentenza la Corte non ha esitato a riconoscere che «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 (*Roe*) be dismissed»²⁸. Anche in *Casey*, tuttavia, la Corte ha riconosciuto la difficoltà a ricondurre la necessità di affermare il precedente di *Roe* sulla base del criterio dei *reliance interests*. Nella sua costante giurisprudenza affinché le legittime aspettative dei consociati siano investite di rilevanza, la Corte tende, infatti, a richiedere il diretto coinvolgimento di interessi materiali attuali, non in potenza (come sarebbe invece nel caso dell'aborto)²⁹.

²³ Si veda sul punto N. VARSAVA, *Reliance*, in *Harvard Law Review*, 136, 2023 (forthcoming)..

²⁴ *Hubbard v. US*, 514 U.S. 695 (1995), 716 (Scalia J., concurring).

²⁵ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge, 2017, 116-117.

²⁶ *Ivi*, 117-118: «*Roe* and *Miranda* are exceptional in their salience and profile, creating questions about whether the Court's invocations of societal reliance should extend to other areas of constitutional law. And unlike assertions of private and legislative reliance, appeals to societal reliance do not depend on the concrete expectations of stakeholders whom an overruling will affect most directly. The form of analysis is necessarily more abstract» [...] «Societal reliance is distinct from private and legislative reliance because it captures the myriad effects that overruling a well-known precedent can have on various communities, including people who have not taken tangible action based on the precedent».

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 856.

²⁹ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, cit., 47-49 e 112-113. Il punto è particolarmente rilevante soprattutto se si confrontano *Roe/Casey* e, ad esempio, *Obergefell*. Infatti, a differenza dell'aborto, il matrimonio omosessuale presenta dei *reliance interests* attuali e concreti: negozi giuridici di varia natura (matrimoni, adozioni, assicurazioni) di cui difficilmente la Corte potrebbe non tenere conto, in un eventuale *overruling*.

3.2. L'argomento democratico

La terza, centrale, argomentazione di *Dobbs* riguarda la cosiddetta questione democratica, ovvero il fatto che, avendo negato copertura costituzionale all'aborto, la Corte rilancia il ruolo dei legislatori statali nella regolamentazione dell'aborto quali arene in cui il disaccordo possa trovare una ricomposizione nella dialettica e nelle regole della competizione democratica³⁰.

L'argomento democratico, oltre che nell'opinione di maggioranza, è centrale anche nell'opinione concorrente di Kavanaugh, il quale tuttavia, non rimanda solo ai legislatori nazionali ma parla più in generale di processo democratico, tanto a livello statale che federale, lasciando intendere che la battaglia sulla regolamentazione dell'aborto potrebbe avvenire ai due livelli (statale e federale) e anche attraverso diverse forme di *decision-making* (non solo legislative, ma anche di democrazia diretta o deliberativa). Un altro aspetto dell'*opinion* di Kavanaugh meritevole di attenzione è quello relativo alla centralità che, nel suo ragionamento, assume il concetto di "neutralità" della Costituzione in materia di aborto³¹, concetto che si potrebbe logicamente estendere rispetto a tutti quei temi etici non contemplati al momento dell'adozione e ratifica del testo costituzionale. Afferma, infatti, Kavanaugh: «on the question of abortion, the Constitution is therefore neither pro-life nor pro-choice. The Constitution is neutral and leaves the issue for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress». Vi è poi un passaggio della *concurring* particolarmente significativo: laddove Kavanaugh, in un non troppo celato dialogo con alcuni *amici curiae*, afferma che «the Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion». Kavanaugh sembra dunque escludere un *overruling* di *Roe* che si spinga ad abbracciare le posizioni di matrice originalista a sostegno dell'incostituzionalità dell'aborto³².

In definitiva, al termine del percorso argomentativo che in questa sede si è ricostruito, afferma la Corte, «we [...] hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives»³³.

Da questa prospettiva, dunque, *Dobbs* è stata definita come «a case which overrules the personal policy preferences of the *Roe* and *Casey* majorities and properly returns the regulation of abortion to the States, where it resided for almost two hundred years before *Roe*»³⁴.

³⁰ Sul ruolo degli Stati federali nella regolamentazione dell'aborto *post-Dobbs*, cfr. D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, 2023, forthcoming.

³¹ N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

³² «Some amicus briefs argue that the Court today should not only overrule *Roe* and return to a position of judicial neutrality on abortion, but should go further and hold that the Constitution outlaws abortion throughout the United States. No Justice of this Court has ever advanced that position. I respect those who advocate for that position, just as I respect those who argue that this Court should hold that the Constitution legalizes pre-viability abortion throughout the United States. But both positions are wrong as a constitutional matter, in my view. The Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion. To be clear, then, the Court's decision today does not outlaw abortion throughout the United States. On the contrary, the Court's decision properly leaves the question of abortion for the people and their elected representatives in the democratic process» (597 U. S. ____ (2022), Kavanaugh, J., concurring, 3).

³³ 597 U. S. ____ (2022), 69.

³⁴ D. WEISBERG, *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, in *The Originalism Blog*, 10 agosto 2022.

Del resto, alla luce della teoria della sovranità popolare in ottica originalista, già Lash aveva sostenuto che *Roe* «should be treated as presumptively in need of reversal». Infatti, *Roe* «cut off the process of legislative review of the issue and seriously undermined the perceived legitimacy of the Court in the eyes of a significant portion of the public. The divisiveness of the issue precluded any supermajoritarian response, and to the extent that political mobilization has occurred, it has resulted in a deeply politicized judicial appointment process»³⁵.

4. L'aborto negli Stati nell'era post-*Dobbs*

Quale sia la reale portata di *Dobbs* dipenderà molto dall'atteggiamento dei legislatori statali, ovvero se interpreteranno questa apertura verso il loro fondamentale ruolo per la regolamentazione dell'aborto con senso di responsabilità nella consapevolezza del carattere pluralistico dell'ordinamento o se, invece, non faranno altro che perpetuare la sterile contrapposizione tra posizioni *pro-life* e *pro-choice*.

Dipenderà anche dallo sviluppo di modelli deliberativi che verranno messi in atto a livello statale per regolamentare l'accesso all'aborto. Più difficile sembra, invece, potersi prospettare un intervento federale in materia, alla luce della mancanza di competenza legislativa del livello centrale.

Quello che più certamente si può affermare è che *Dobbs* sembra essere il naturale approdo di un cortocircuito che ha segnato la questione dell'aborto negli Stati Uniti: nel tentativo di sottrarre la questione all'arena politica avocando a sé l'ultima parola, la Corte Suprema ha finito per iperpoliticizzare la questione dell'aborto, fino a farla coincidere con le dinamiche politiche sottese alla composizione della Corte.

Roe, infatti, ha definitivamente orientato il dibattito americano in tema di aborto in termini opposti, senza lasciare margini alla negoziazione politica. E così, la politica dell'aborto negli Stati si è giocata a livello statale, dove alcuni Stati hanno continuamente introdotto legislazioni di stampo restrittivo volte a bandire l'aborto in determinate circostanze o a richiedere il rispetto di condizioni onerose tanto per i medici quanto per le donne. Si è trattato di un atteggiamento di aperta sfida, il cui obiettivo ultimo è stato proprio quello di alimentare il contenzioso costituzionale e di scalfire, qualora la Corte si fosse trovata in una determinata composizione, i principi sanciti da *Roe*.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, si può condividere l'affermazione di Greene secondo la quale «at the federal level, the politics of abortion is simply the politics of judicial appointments. When the Court makes political compromise impossible, the losing side sees changing the Court as its only legal option»³⁶.

A questo proposito, il modello europeo e, in particolare, quello tedesco mostrano un diverso possibile approccio, dagli esiti meno conflittuali e controversi: «abortion is a subject of German politics not because Germans agree about abortion any more than Americans do, but in significant part, because Germany's highest court sought to put abortion into politics instead of trying to take it out. That is just what courts should be doing in a divided society»³⁷.

³⁵ K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, 1470.

³⁶ J. GREENE, *How Rights went wrong*, Boston, 2021, 132.

³⁷ *Ivi*, 137.

In definitiva, la de-costituzionalizzazione della questione dell'aborto operata da *Dobbs*, se certamente rappresenta un approdo dagli esiti problematici, apre tuttavia anche a diversi scenari, in cui, se il ruolo del livello federale pare tutto sommato limitato, grande rilievo avranno le scelte degli Stati e, ancor prima, quelle degli elettori e delle elettrici, nell'eleggere rappresentanti portatori di visioni che possano contribuire all'avanzamento nella tutela dei diritti fondamentali e offrire soluzioni in grado di gestire la complessità di società sempre più polarizzate.

Le aporie del caso *Dobbs* ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse

Marco Dani*

THE APORIAS OF *DOBBS* AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN MORALLY CONTENTIOUS ISSUES

ABSTRACT: The US constitutional experience with regard to abortion rights provides a textbook example of the inability of constitutional adjudication to transcend the divisions of ordinary politics. This thesis is articulated through an examination of a series of aporias found in the reasoning of *Dobbs* regarding the existence of a constitutional right to abortion, the appropriateness of transcending *Roe*, and the role of constitutional adjudication in morally controversial cases. The lesson to be drawn from this jurisprudential involution is that constitutional adjudication should be neither heroic nor renouncing, but should, if anything, be modest: while the solution to social problems is primarily the responsibility of the legislature, the task of constitutional judges is setting the limits of tolerance against which legislative determinations must be measured.

KEYWORDS: Abortion; constitutional adjudication; US Supreme Court; counter-majoritarian difficulty; judicial modesty

ABSTRACT: L'esperienza costituzionale americana in materia di diritto all'aborto costituisce un caso di scuola che dimostra l'incapacità della giustizia costituzionale di trascendere le divisioni della politica ordinaria. Tale tesi è articolata attraverso l'esame di una serie di aporie rinvenibili nelle motivazioni del caso *Dobbs* riguardanti l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto, l'opportunità di superare il precedente *Roe* e il ruolo della giustizia costituzionale in casi moralmente controversi. La lezione che si trae da questa involuzione giurisprudenziale è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essa compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore.

PAROLE CHIAVE: Aborto; controllo di costituzionalità; difficoltà contro-maggioritaria; Corte Suprema USA; nucleo essenziale dei diritti costituzionali

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: marco.dani@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'aporia *in nuce* in *Roe v Wade* – 3. Le aporie di *Dobbs* – 4. Ipotesi di uscita dall'aporia – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In *The Core of the Case Against Judicial Review*¹ Jeremy Waldron ricorda che, in occasione del dibattito parlamentare sul *Medical Termination of Pregnancy Bill* tenutosi alla House of Commons nel 1966, parlamentari *pro-life* e *pro-choice* appartenenti indiscriminatamente al partito laburista o a quello conservatore discussero appassionatamente il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, dimostrando attenzione e rispetto reciproci per le loro rispettive posizioni. Quando dalla discussione si iniziò a capire che la componente *pro-choice* avrebbe alla fine prevalso, i parlamentari *pro-life* riconobbero pubblicamente l'apertura ed il rispetto riservato alle loro istanze nel procedimento legislativo, un fatto questo che avrebbe contribuito in maniera determinante alla legittimazione politica dell'atto legislativo in via di approvazione².

Nell'argomentazione di Waldron, l'episodio riportato non serve solo a documentare la capacità delle assemblee legislative di affrontare in modo serio e ponderato questioni così delicate come quella dell'aborto. L'*iter* parlamentare del *Medical Termination of Pregnancy Bill* dimostra come, in un sistema costituzionale tutt'ora imperniato su una concezione maggioritaria della democrazia, sia possibile conseguire un grado di unità politica su questioni moralmente controverse semplicemente inimmaginabile in sistemi, come quello degli Stati Uniti d'America, dove ci si gloria di concepire la democrazia in senso costituzionale e di dirimere le questioni moralmente controverse nel *forum of principle* delle corti³. Non senza una punta di perfidia, infatti, a chiosa della rievocazione Waldron si chiede quante volte negli Stati Uniti gli esponenti del fronte *pro-life* si siano congratulati con la Corte Suprema per l'attenzione ed il rispetto loro riservato in *Roe v Wade*⁴.

Non vi è dubbio, all'interno dell'impostazione teorica di Waldron il caso dell'aborto è senz'altro suggestivo, benché il grado di unità o di polarizzazione politica nel Regno Unito o negli Stati Uniti sia probabilmente da ricondursi a variabili diverse (o ulteriori) dalla concezione di democrazia in essi accolta. Ma su un punto Waldron, scrivendo nel 2006, coglieva indubbiamente nel segno: a differenza del *Medical Termination of Pregnancy Bill*, *Roe* non era ancora riuscita ad aggregare quel grado di consenso e di unità politica che normalmente ci si aspetta in relazione ad un principio o a un precedente costituzionale. Prova questa del fatto che, almeno in quella vicenda, la giustizia costituzionale non era riuscita ad esprimere pienamente il proprio valore aggiunto istituzionale e a porsi come fattore di coesione all'interno della comunità politica⁵.

¹ J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1384-1385.

² Il dibattito sarebbe sfociato nell'approvazione dell'*Abortion Act* (1967).

³ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge Massachussets, 1986, 33, 69-71.

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Sulla giustizia costituzionale come custode dei principi sottratti alla competizione politica si veda, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni Costituzionali*, XXV, 2005, 273, 275-277. Va da sé che l'unità a cui si aspira in una democrazia costituzionale non è un'unità organica, ma un'unità di azione resa possibile dal compromesso, cfr. K. HESSE, *Concetto e caratteristiche della costituzione*, in K. HESSE, *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse* (a cura di A. DI MARTINO e G. REPETTO), Napoli, 2014, 61, 65-68.

Più che trarne argomenti decisivi contro il controllo di costituzionalità delle leggi in generale, da quel caso si potevano ricavare conclusioni non proprio lusinghiere sulla bontà degli argomenti e della soluzione specificamente sviluppati in *Roe*. Argomenti e soluzione che, come è noto, già erano stati criticati nelle opinioni dissenzienti a quella pronuncia, nella valanga di commenti ad essa seguiti e in un dibattito pubblico durato quasi quarant'anni. Per arrivare, infine (anche se di una fine probabilmente non si può ancora parlare), alla pronuncia in *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*⁶, dove *Roe* sarebbe stata travolta, senza per questo mettere fine alla diatriba, ma alimentando anzi una nuova fase di contestazione della Corte Suprema e di mobilitazione politica sui diritti riproduttivi e l'interruzione volontaria di gravidanza. In un simile contesto, non sorprende che le tesi di Waldron e del *political constitutionalism* ritornino a suscitare interesse⁷, perché è proprio quando la giustizia costituzionale non riesce a distanziarsi dalla politica ordinaria e ad individuare un punto sufficientemente fermo che il suo ruolo di ancora per la democrazia finisce inesorabilmente essere messo in discussione⁸.

Questo articolo presenta il caso *Dobbs* come un caso di scuola in cui la giustizia costituzionale non si è dimostrata all'altezza della funzione ad essa assegnata in una democrazia costituzionale. Quando i giudici costituzionali non riescono a trascendere le divisioni della politica ordinaria, essi finiscono per svolgere, in maniera più o meno militante e più o meno esplicita, il ruolo di partecipanti in quella dialettica politica. Le opinioni da essi formulate possono fornire un sostegno argomentativo più raffinato e consapevole alle posizioni politiche in campo, ma raramente riescono ad aggregare quel più elevato grado di consenso che è necessario per la formulazione di soluzioni sufficientemente condivise e stabili nel tempo. Così facendo, le pronunce costituzionali danno vita ad una serie di aporie⁹, la cui soluzione finisce per dipendere dalla composizione contingente del collegio giudicante. Nella convinzione che un simile esito possa contribuire solo al discredito della giustizia costituzionale, si ritiene che compito dei giudici costituzionali sia anzitutto quello di recuperare una certa distanza dalla politica ordinaria e di costruire quel quadro condiviso di principi entro cui quella si dovrebbe svolgere. Se questo è l'obiettivo, i giudici costituzionali sono chiamati ad un ruolo più modesto: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essi compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore (o dei legislatori)¹⁰.

La trattazione segue la seguente traccia: essa inizia evidenziando come già *Roe* fosse contrassegnata da una pluralità di aporie, la più importante delle quali attinente proprio al ruolo della giustizia costituzionale in questioni politicamente salienti. Si prosegue esaminando le aporie di *Dobbs*, riguardanti l'esistenza del diritto costituzionale all'aborto, i criteri per l'*overruling* dei precedenti costituzionali e,

⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. ____ (2022).

⁷ Cfr., per esempio, S. MOYN, *Counting on the Supreme Court to uphold key rights was always a mistake Liberals are re-learning the lesson that only democratically enacted rights are reliable*, in *Washington Post*, 17 giugno 2022, disponibile a <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/06/17/supreme-court-rights-congress-democracy>.

⁸ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 15-17.

⁹ L'andamento dicotomico di questo tipo di pronunce è segnalato anche da 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*, 2022, 3, 1609-1610.

¹⁰ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 2018, 52-53.

infine, il ruolo della giustizia costituzionale. La trattazione si chiude con l'analisi di alcune possibili vie d'uscita dalle aporie: dopo aver evidenziato le difficoltà insite nei criteri espressi dalla Corte Suprema nella celebre *footnote four* di *Carolene Products* (1938), si osserva come una soluzione più condivisa alla questione posta in *Dobbs* si sarebbe potuta ottenere attraverso la definizione dei nuclei intangibili dei diritti costituzionali in questione. La trattazione conclude osservando che qualche spunto in questa direzione si può rinvenire nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts.

2. L'aporia in nuce in *Roe v Wade*

Che per la giustizia costituzionale sia difficile elevarsi al di sopra delle parti in causa in tema di aborto è un dato riscontrabile sin da *Roe v Wade*. Già in quella pronuncia ci troviamo di fronte ad una Corte Suprema divisa, con fratture che ricalcano la spaccatura politica tra posizioni *pro choice* e *pro life*. Se questa è la faglia senz'altro più spettacolare, che si rinviene in relazione alle posizioni espresse in merito al riconoscimento della tutela dell'aborto come parte del *right of privacy* e alla contestuale rivalutazione della *substantive due process clause*, più importante ai nostri fini è un'altra e più profonda spaccatura che si intravede nitidamente con riferimento al ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse.

La diversità di impostazione emerge in maniera molto esplicita dapprima nella opinione della Corte, redatta dal giudice Blackmun:

We forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy, of the vigorous opposing views, even among physicians, and of the deep and seemingly absolute convictions that the subject inspires [...]. Our task, of course, is to resolve the issue by constitutional measurement, free of emotion and predilection. We seek earnestly to do this, and, because we do, we have inquired into, and in this opinion place some emphasis upon, medical and medical-legal history and what that history reveals about man's attitudes towards the abortion procedure over the centuries¹¹

In casi riguardanti controversie morali e politiche, ci dice Blackmun, il ruolo della giustizia costituzionale è tutt'altro che modesto. Il compito dei giudici non è tanto quello di facilitare l'espressione del conflitto politico, di ricondurlo all'interno di un perimetro condiviso e di assicurarsi che la mediazione delle posizioni contrapposte sia effettuata attraverso le procedure della democrazia rappresentativa. Investita da questioni così salienti, la Corte è chiamata ad un ruolo per così dire eroico, ovvero a decidere il conflitto (*to resolve the issue*) in maniera spassionata (*by constitutional measurement, free of emotion and predilection*). Quasi che a quella controversia sia possibile dare una sola risposta corretta e che, nell'incapacità delle istituzioni politiche di individuarla, spetti al giudice-demiurgo formularla ed infine imporla autoritativamente sulla società. Se è indubbio che un simile approccio vanti un autorevole riscontro teorico¹², è altrettanto evidente la distanza che intercorre tra questa opinione e la celebre critica di Oliver Wendell Holmes alla maggioranza di *Lochner v State of New York*¹³, tacciata di aver dichiarato l'incostituzionalità della legislazione sui limiti massimi all'orario di lavoro dei fornai

¹¹ *Roe v Wade*, 116-117.

¹² R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge Massachussets, 1997.

¹³ *Lochner v State of New York*, 198 U.S. 45 (1905).

in ragione di una discutibile predilezione per la dottrina del *laissez-faire* economico. A leggere Blackmun, parrebbe che la costituzione americana contenga una specifica teoria sull'aborto e, pertanto, che a questo riguardo quel documento non instauri un ordinamento costituzionale aperto (*made for people of fundamentally differing views*)¹⁴.

L'accusa di *Lochnering* costituirà un tratto costante della letteratura critica nei confronti di *Roe*¹⁵ che verrà a più riprese riproposta anche in *Dobbs*¹⁶. Ma questa linea argomentativa trova già nell'opinione dissenziente del giudice Rehnquist un puntuale riferimento che, per quanto in maniera meno esplicita rispetto al posizionamento programmatico di Blackmun, implica per la Corte suprema un ruolo più defilato. Afferma infatti Rehnquist:

If the court means by the term "privacy" no more than that the claim of a person to be free from unwanted state regulation of consensual transactions may be a form of "liberty" protected by the Fourteenth Amendment, there is no doubt that similar claims have been upheld in our earlier decisions on the basis of that liberty [...] The test traditionally applied in the area of social and economic legislation is whether or not a law such as that challenged has a rational relation to a valid state objective. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment undoubtedly does place a limit, albeit a broad one, on legislative power to enact laws such as this [...]. But the Court's sweeping invalidation of any restriction on abortion during the first trimester is impossible to justify under that standard, and the conscious weighing of competing factors that the Court's opinion apparently substitutes for the established test is far more appropriate to a legislative judgment than to a judicial one.

Insomma, secondo Rehnquist si può pure ammettere che l'aborto ricada in un ambito di libertà protetto, almeno *prima facie*, dal XIV emendamento. Tuttavia, le leggi che limitano tale libertà sono soggette a un tipo di controllo di costituzionalità piuttosto deferente, a ben vedere proprio quel criterio di giudizio (il *rationality test*) che il giudice Holmes avrebbe voluto applicare alle leggi di natura economica e sociale in *Lochner*. Ecco allora che, se quello è il criterio di giudizio più corretto, compito della Corte non è intestarsi il bilanciamento degli interessi in gioco, ma semplicemente verificare la coerenza dei mezzi predisposti dal legislatore con l'obiettivo da esso legittimamente perseguito. Come si vedrà, a distanza di quarant'anni proprio questo sarà l'orientamento ispiratore dell'*overruling* di *Roe*¹⁷. Coerentemente con le impostazioni giurisprudenziali fatte proprie dalla Corte Suprema in reazione a *Lochner*¹⁸, il *right of privacy* riceverà in relazione all'aborto una protezione sostanzialmen-

¹⁴ «But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States», cfr. *Dissenting opinion* del giudice Holmes in *Lochner*.

¹⁵ Si veda, per esempio, J. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal*, 82, 1973, 937-949.

¹⁶ Opinion of the Court, *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 14 e 40.

¹⁷ Con la notevole differenza che in *Dobbs* si negherà recisamente la possibilità di ricondurre l'aborto all'interno dell'ombrello protettivo del XIV emendamento.

¹⁸ Sulla reazione a *Lochner* si vedano, tra gli altri, S. CHOUDRY, *The Lochner era and comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 1-55, e L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge Massachusetts, 2006, 83-113.

te evanescente: nella misura in cui il legislatore si attiene a standard minimi di razionalità nel configurare i suoi interventi, il *right of privacy* è interamente *up for grabs*¹⁹. Nessun ambito di indisponibilità a tutela della salute e autodeterminazione della donna potrà allora opporsi al legislatore²⁰, suscitando così la sensazione di una sostanziale abdicazione della giustizia costituzionale alla sua funzione di garante dei diritti.

3. Le aporie di *Dobbs*

L'originaria aporia riscontrata in *Roe* si ripropone in forme e toni ancora più accentuati in *Dobbs*. Tre sono gli ambiti principali in cui affiorano le fratture interne alla Corte Suprema. Il primo è quello riguardante l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto. Ed è proprio su questo punto che si assiste all'*overruling*: lapidarie sono le parole del giudice Alito, l'autore dell'opinione della Corte, con cui si nega che il XIV emendamento tuteli il diritto all'aborto e, di conseguenza, che le prescrizioni formulate in *Roe* e ridefinite nel caso *Casey* continuino a vincolare i legislatori statali²¹. Ma se è incontestabile che la Costituzione non protegge espressamente il diritto all'aborto, più discutibile è l'argomento impiegato per giustificare l'interpretazione restrittiva del XIV emendamento, soprattutto se si considera il ricorso non certo parsimonioso a questa norma per enucleare nuovi diritti²². Per ridefinire l'ambito applicativo della *due process clause*, Alito rinvia alla tesi che permetterebbe di impiegare la tutela solo di diritti fortemente radicati nella storia costituzionale americana²³. Insomma, secondo Alito e gli altri giudici di maggioranza, a difettare nel caso dell'aborto sarebbe quel profondo radicamento nella storia e nella tradizione che ci si attende per i diritti costituzionali. In assenza di quel requisito (che, non è superfluo notare, è anch'esso privo di riscontri espliciti nel testo costituzionale), la Corte finirebbe per rimanere in balia di un relativismo interpretativo che mal si concilia con il suo ruolo²⁴.

A ben vedere, nulla di nuovo o di inaspettato: Alito e i suoi colleghi non fanno altro che riproporre alcuni dei *topoi* più collaudati del testualismo originalista²⁵. Ma nemmeno la replica dei giudici dissen-

¹⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, 303-305.

²⁰ Lo stesso dicasi per un obbligo di protezione del feto, anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

²¹ «The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

²² Si considerino, solo a titolo di esempio, i casi *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) e *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015).

²³ «[The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment] can be held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty” ... The right to abortion does not fall into this category because until the latter part of the 20th century was entirely unknown in American law ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

²⁴ «In interpreting what is meant by the Fourteenth Amendment’s reference to “liberty” we must guard against the natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 14.

²⁵ Su cui si vedano le considerazioni di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Rivista AIC*, 07/2022, L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, ibidem e O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, ibidem.

zienti spicca per originalità. Di fronte dell'invocazione di storia e tradizione, non stupisce che i giudici di inclinazione *liberal* contrappongano l'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali quale tecnica più adatta ad aggiornarne il significato alla luce di mutate circostanze sociali e culturali²⁶. Così come è largamente prevedibile anche la critica all'approccio originalista, tacciato di privilegiare soluzioni normative concepite in epoche in cui le donne erano prive del diritto di voto e oggetto di discriminazione²⁷. Infine, nessuna sorpresa suscita anche la rivendicazione della bontà della soluzione avanzata in *Roe*, presentata come un tentativo di bilanciamento senza il quale le donne, con buona pace di Waldron, si troveranno inevitabilmente esposte all'arbitrio dei legislatori statali e federali²⁸. Nemmeno su questioni all'apparenza più tecniche, quale potrebbe essere l'applicazione della regola dello *stare decisis*, i giudici della Corte riescono a sfuggire all'aporia. Il dato riveste una particolare importanza se, come si è correttamente osservato²⁹, nella fase di giustizia costituzionale aperta dalle nomine trumpiane proprio il tema della tenuta dei precedenti di segno *liberal* diventerà il principale terreno di scontro all'interno della Corte Suprema. Non deve sorprendere allora che anche in materia di precedente vincolante traspaia una certa strumentalità nelle posizioni espresse dai giudici. A questo riguardo si assiste ad una bizzarra inversione dei ruoli. Se poco fa avevamo lasciato il giudice Alito a tessere le lodi della storia, della tradizione e, ci si sarebbe aspettati, anche della continuità dei precedenti, in materia di *stare decisis* lo ritroviamo invece alquanto disinvolto nello sbarazzarsi di *Roe*³⁰. Ma analogamente sospetta è la difesa di quel precedente da parte dei giudici in minoranza: se poco fa li abbiamo visti attenti ai mutamenti sociali e alla necessità di aggiornare la giurisprudenza della Corte ai progressi scientifici, nessuna disponibilità traspare dalla loro opinione in merito ad una possibile riconsiderazione di *Roe*³¹. A titolo di esempio, notevoli sono stati gli sviluppi nel frattempo intervenuti nelle tecniche contraccettive e i progressi medici nella cura dei neonati prematuri, ma no-

²⁶ «The Framers defined rights in general terms, to permit future evolution in their scope and meaning. And over the course of our history, this Court has taken up the Framers' invitation. It has kept true to the Framers' principles by applying them in new ways, responsive to new societal understandings and conditions», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 16.

²⁷ «Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals, and did not recognize women's rights. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification ... it consigns women to second-class citizenship», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 15. Si veda al riguardo E. STRADELLA, *La decostruzione 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, 209, dove si afferma l'inutilizzabilità dell'originalismo in versione tradizionalista in una prospettiva orientata al genere.

²⁸ «The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman's interest and recognizes only the State's (or the Federal Government's) », cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 12.

²⁹ G. ROMEO, *La neogiudice Ketanij Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 709-712.

³⁰ «*Stare decisis* ... does not compel unending adherence to *Roe's* abuse of judicial authority. *Roe* was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and the decision has had damaging consequences. And far from bringing about a national settlement of the abortion issue, *Roe* and *Casey* have enflamed debate and deepened division», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 5-6.

³¹ «No recent developments, in either law or fact, have eroded or cast doubt on those precedents. Nothing, in short, has changed ...», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 6.

nostante ciò in nessun punto della loro opinione i giudici di minoranza sembrano aprire ad una revisione del requisito della *viability*.

Se queste sono le premesse, è scontato che su ciascuna delle cinque ragioni canoniche³² che possono giustificare il superamento di un precedente i giudici della Corte Suprema arrivino a conclusioni diametralmente opposte. La divaricazione darà luogo ad una vera e propria *escalation*, al culmine della quale i giudici di minoranza arriveranno a dire apertamente quello che in tanti pensano, ovvero che l'unica ragione alla base dell'*overruling* sia la mutata composizione della Corte³³. Di qui la denuncia dei rischi per l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale che, una volta svincolato da un rigoroso ancoraggio al precedente, finirebbe per operare in modo del tutto analogo a quello delle istituzioni politiche³⁴. Tutto vero e tutto condivisibile, non fosse che sul punto anche il fronte *liberal* non può vantare alcuna verginità. Non è un segreto che, all'indomani della pronuncia in *Dobbs*, dalle fila del partito democratico si sia minacciosamente rievocato il *Court-packing plan* di Franklin Delano Roosevelt come possibile strategia per reagire allo *switch-in-time* dei giudici conservatori³⁵.

Ce ne sarebbe abbastanza per chiedere ai giudici di prendersi una pausa per riflettere sull'opportunità e sull'utilità di un simile tiro alla fune. Ma nulla di tutto ciò è in vista e viene naturale allora chiedersi: *what's next?* Sono gli stessi giudici a cimentarsi in previsioni. Alito, in un sussulto di prudenza, ci tiene a circoscrivere l'*overruling* alla sola questione del diritto all'aborto³⁶. È il giudice Thomas, invece, nella propria *concurring opinion*, a distinguersi dai suoi colleghi della maggioranza per affermare candidamente che potremmo essere solo all'inizio di un più ampio programma di *overruling* riguardante tutti i precedenti in cui si è data applicazione alla *substantive due process clause*³⁷. Ne risultano confermati i peggiori sospetti dei giudici *liberal* che, come da copione, si mostrano pronti a suonare l'allarme, non senza aver denunciato l'ipocrisia dei colleghi di maggioranza³⁸.

³² Si fa riferimento in particolare alla natura dell'errore dei precedenti superati, alla qualità dell'argomentazione, alle proprietà operative delle regole imposte dal precedente, agli effetti destabilizzanti del precedente in altre aree del diritto e all'assenza di un concreto affidamento da parte dei consociati in merito alla tenuta del precedente.

³³ «The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 6.

³⁴ «... to reverse prior law “upon a ground no firmer than a change in [the Court’s] membership” ... would invite the view that “this institution is little different from the two political branches of the Government” », cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 60.

³⁵ J. CHAIT, *Democrats Must Reform the Supreme Court to Save It Republicans won control of the Court playing by the rules. The rules are bad*, in *Intelligencer – New York Magazine*, disponibile a <https://nymag.com/intelligencer/article/democrats-reform-the-supreme-court-pack-roe-epa.html>. Per una ricostruzione delle vicende attorno al *Court-packing plan* si vedano i classici W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York, 2009), 231-239 e B. ACKERMAN, *We, the People. Transformations*, Cambridge Massachussets, 1998, 290-343.

³⁶ «... we emphasize that our decision concerns the constitutional right to abortion and no other right. Nothing in this opinion should be understood to cast doubt on precedents that do not concern abortion», cfr. *Dobbs* (Opinione della Corte), 66.

³⁷ «Substantive due process conflicts with that textual command [il XIV emendamento] and has harmed our country in many ways. Accordingly, we should eliminate it from our jurisprudence at the earliest opportunity», cfr. *Dobbs* (Concurring Opinion del giudice Thomas), 7.

³⁸ «The majority (or to be more accurate, most of it) is eager to tell us today that nothing it does “cast[s] doubt on precedents that do not concern abortion.” ... But how could that be? The lone rationale for what the major-

Ma non sono solo le questioni riguardanti l'estensione del XIV emendamento e la tenuta della regola dello *stare decisis* a dividere la Corte Suprema. Come già in *Roe*, alla base di queste divaricazioni troviamo diverse impostazioni teoriche, da cui scaturiscono diverse concezioni del ruolo della giustizia costituzionale. Anche a questo riguardo la pubblicità delle opinioni separate consente ai giudici di esprimere con schiettezza le loro preferenze. Come anticipato, in poco o in nulla essi si discosteranno dalle posizioni assunte a suo tempo da Blackmun e Rehnquist in *Roe*.

Ecco, allora, Alito intento sin dall'inizio a rimarcare la natura divisiva dell'aborto e a sottolineare, sulla scia di Holmes, l'inesistenza di una *theory of life* nella Costituzione³⁹. Di qui, la via è breve per restituire l'aborto alle assemblee legislative degli stati, nella convinzione che quelle siano le sedi più indicate per procedere alla sua regolamentazione⁴⁰. Ne potrebbe discendere la sensazione di un ritorno alla normalità democratica e, aspetto questo da non trascurare, di un sostanziale agnosticismo dei giudici di maggioranza. Sul punto insisterà in particolare il giudice Kavanaugh, con una *concurring opinion* diretta a sottolineare la neutralità della Costituzione e, si potrebbe pensare, dei giudici che così la interpretano⁴¹. E senza dubbio questo costituisce un elemento distintivo tra l'opinione di maggioranza e quella di minoranza: se il posizionamento *pro choice* di questi ultimi è esplicito, non altrettanto si può dire per le preferenze *pro life* dei primi. Ma altre considerazioni inducono a pensare che l'agnosticismo sia, per così dire, un espediente argomentativo che cela posizioni apertamente conservatrici⁴². O almeno così sembrano pensarla i giudici di minoranza quando affermano che, in materia di diritti, la Corte non agisce in maniera neutrale quando toglie un diritto alle donne per consenti-

ity does today is that the right to elect an abortion is not “deeply rooted in history” ... The same could be said, though, of most of the rights the majority claims it is not tampering with ... So one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority’s opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 5.

³⁹ «Abortion presents a profound moral issue on which Americans hold sharply conflicting views ... Our opinion is not based on any view about if and when prenatal life is entitled to any of the rights enjoyed after birth. The dissent, by contrast, would impose on the people a particular theory about when the rights of personhood begin. According to the dissent, the Constitution requires the States to regard a fetus as lacking even the most basic human right—to live—at least until an arbitrary point in a pregnancy has passed. Nothing in the Constitution or in our Nation’s legal traditions authorizes the Court to adopt that ‘theory of life’», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 1.

⁴⁰ «It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people’s elected representatives. “The permissibility of abortion, and the limitations, upon it, are to be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting ... That is what the Constitution and the rule of law demand», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 6.

⁴¹ «Because the Constitution is neutral on the issue of abortion, this Court also must be scrupulously neutral. The nine unelected Members of this Court do not possess the constitutional authority to override the democratic process and to decree either a pro-life or a pro-choice abortion policy for all 330 million people in the United States up to the point of viability (about 24 weeks of pregnancy). The Court’s decision today properly returns the Court to a position of neutrality and restores the people’s authority to address the issue of abortion through the processes of democratic self-government established by the Constitution», cfr. *Dobbs (Concurring opinion del Giudice Kavanaugh)*, 3.

⁴² Così C. CARUSO, *op.cit.*, e E. STRADELLA, *op.cit.*

re agli stati di disciplinarlo⁴³. In posizioni di questo tipo traspare l'idea che, al di là di ogni astrazione, se lasciato a sé stesso il processo democratico-rappresentativo sia tutt'altro che neutrale. Spetta allora alla giustizia costituzionale schierarsi a difesa dei soggetti di fatto più vulnerabili, erigendo degli argini nei confronti dei legislatori a tutela dell'autodeterminazione individuale⁴⁴. Ma, anche ammesso che questo debba essere il ruolo dei giudici, una serie di questioni rimangono inevase: quali sono le situazioni di vulnerabilità che giustificerebbero la tutela giurisdizionale dei diritti? E quali criteri dovrebbero guidare il giudice nella definizione del livello di tutela di quelle libertà?

4. Ipotesi di uscita dall'aporia

Un riferimento classico per iniziare a rispondere a questi interrogativi è offerto dalla celebre *footnote four* del caso *Carole Products* deciso dalla Corte Suprema nel 1938⁴⁵. In quella nota, il giudice Harlan Stone formulava una serie di criteri che per alcuni decenni avrebbero ispirato la giustizia costituzionale americana, segnando il passaggio da una giurisprudenza incentrata sulla tutela delle libertà economiche ad una giurisprudenza più attenta ai diritti delle minoranze⁴⁶. È infatti nella *footnote four* che si registra il superamento della giurisprudenza *Lochner*, riscontrabile anzitutto nella presunzione di conformità costituzionale applicata alle norme legislative che, almeno a prima vista, non entrano in collisione con la Costituzione. Ed è sempre in questa nota che il controllo di costituzionalità inizia ad essere concepito come strumento funzionale alla creazione di un assetto istituzionale pienamente democratico, superando così la sterile contrapposizione tra originalismo e *non interpretivism*⁴⁷.

Compito dei giudici, secondo questa nuova dottrina, è anzitutto tenere aperti i canali del processo democratico, rimuovere i blocchi che ostruiscono la partecipazione democratica e, in quest'ottica, offrire una tutela rafforzata ai gruppi che, privi di tale sostegno, rischierebbero inesorabilmente di soccombere nel processo politico⁴⁸. Insomma, l'obiettivo della *footnote four* è quello di allentare la tensione originaria esistente tra legge e giustizia costituzionale, per instaurare un rapporto di sinergia at-

⁴³ «Withdrawing a woman's right to choose whether to continue a pregnancy does not mean that no choice is being made: it means that a majority of today's Court has wrenched this choice from women and given it to states» e ancora «... when it comes to rights, the Court does not act "neutrally" when it leaves everything up to the States. Rather, the Court acts neutrally when it protects the right against all comers. And to apply that point to the case here: When the Court decimates a right women have held for 50 years, the Court is not being "scrupulously neutral." It is instead taking sides: against women who wish to exercise the right, and for States (like Mississippi) that want to bar them from doing so», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 52 e 20-21.

⁴⁴ «We believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the rights of individuals ... to make their own choices and chart their own futures. Or at least, we did once», cfr. *Dobbs*, 7.

⁴⁵ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁴⁶ B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, 1985, 713, 714-715.

⁴⁷ Cfr. J. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge Massachussets, 1981, vii, che proprio sulla *footnote four* costruisce la propria concezione proceduralista del controllo di costituzionalità.

⁴⁸ *Ibidem*. L'intervento giurisdizionale non è semplicemente diretto a rafforzare la partecipazione democratica di questi gruppi, ma arriva ad attribuire ad essi i risultati sostanziali che essi avrebbero conseguito se non fossero sistematicamente svantaggiati nel processo politico, v. B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 720.

traverso il quale il processo democratico dovrebbe giungere a compimento e la difficoltà contro-maggioritaria dovrebbe essere dissolta o, comunque, significativamente stemperata.

Aspetto critico di questa dottrina è l'individuazione dei gruppi verso cui si dovrebbe dirigere l'attivismo delle corti. La *footnote four* offre alcune indicazioni, elencando le minoranze religiose, nazionali e razziali. A fianco di queste, la Corte aggiunge poi le *discrete and insular minorities*, ovvero quelle minoranze caratterizzate da una certa visibilità (*discreteness*)⁴⁹ e da una sostanziale incapacità di affermarsi o, comunque, di influenzare il circuito democratico-rappresentativo (*insularity*)⁵⁰. Solo questi gruppi dovrebbero beneficiare della tutela delle corti, mentre per tutti gli altri dovrebbe bastare il normale gioco democratico per riuscire a fare valere i propri interessi.

Quali indicazioni si dovrebbero trarre da questa impostazione teorica e giurisprudenziale per la questione aborto? In particolare, è possibile qualificare le donne come una *discrete and insular minority*? La risposta a questo interrogativo è difficile⁵¹, perché con riferimento alle donne si deve constatare che, sebbene esse non siano una minoranza⁵², esse costituiscono altresì un gruppo storicamente bersaglio di discriminazioni e pregiudizi. Come applicare quindi la *footnote four* all'aborto? È più corretto, come vorrebbe la maggioranza in *Dobbs*, lasciare che la questione sia affrontata nelle assemblee legislative, dove le donne potranno fare valere le proprie istanze⁵³ o, viceversa, assicurare forme di tutela giurisdizionale *à la Roe*, in ragione delle situazioni di svantaggio che continuano a contraddistinguere il gruppo in questione? Come si vede, non è semplice risolvere l'aporia attraverso la *footnote four*, a maggior ragione se si considera che da tempo essa stessa è oggetto di critica. A distanza di anni dalla sua enunciazione, si è notato che in realtà le *discrete and insular minorities* riescono ad intervenire in maniera spesso determinante nel circuito democratico-rappresentativo, mentre sarebbero invece i gruppi più diffusi (come, ad esempio, le donne) ad incontrare ostacoli maggiori e, di conseguenza, a meritare forme più incisive di tutela da parte dei giudici⁵⁴.

Altre sono allora le strategie che dovrebbero essere intraprese per individuare il ruolo più adeguato alla giustizia costituzionale in merito alla questione aborto. In esse non si aspira ad assegnare alla giustizia costituzionale un ruolo di primo piano nel bilanciamento degli interessi in gioco, né si lascia interamente al legislatore il compito di disciplinare la materia in nome di una lettura formalista della Costituzione e di una pilatesca neutralità. Più promettente pare piuttosto l'idea di instaurare un circuito virtuoso di cooperazione tra legislatore e corti, al fine di riservare al primo la definizione di un punto di equilibrio che potrebbe variare a seconda degli equilibri politici, e alle seconde l'individuazione di quelle situazioni di vulnerabilità che, a prescindere dagli equilibri politici, richiedono una tutela costituzionale⁵⁵. A tal riguardo non è superfluo ricordare che la giurisprudenza costitu-

⁴⁹ *Ivi.*, 728-729.

⁵⁰ *Ivi.*, 720.

⁵¹ Si veda sul punto la discussione in J. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., 164-170.

⁵² *Ivi.*, 164-165.

⁵³ Così anche N. ZANON, *La costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *Rivista AIC*, 07/2022.

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 728-740.

⁵⁵ Il punto mi sembra espresso in maniera efficace da R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 52-53, laddove osserva che «... la Costituzione non offre una soluzione univoca ai problemi di conciliazione dei suoi principi e di bilanciamento dei diritti che essa riconosce e tutela; [...] il compito di trovare il punto di equilibrio è lasciato al legislatore ordinario; ma [...] la discrezionalità politica del legislatore deve esprimersi entro i limiti fissati dalla Costituzione, cioè non può giungere a comprimere i principi e i diritti costituzionali fino al punto di annichilirli.

zionale europea ha maturato ormai un'invidiabile esperienza, in particolare attraverso la concezione debole dei diritti fondamentali, all'interno della quale il compito della giustizia costituzionale sarebbe anzitutto quello di proteggere i nuclei essenziali dei diritti nei confronti di leggi che dovessero entrare con essi in collisione⁵⁶.

Le ricadute di un simile approccio sulla questione del diritto all'aborto sarebbero estremamente significative. Assicurato al legislatore il compito di intervenire con una disciplina organica della materia, ai giudici costituzionali spetterebbe un ruolo più modesto di quello esercitato in *Roe*, ovvero quello di fissare i limiti di tolleranza per quella disciplina. Chiaramente anche questo tipo di attività implica un significativo margine di discrezionalità, ma se si pensa a situazioni di estrema gravità – come quelle riguardanti le gravidanze successive ad episodi di violenza o di incesto, i rischi per la vita e la salute della donna, le gravi malformazioni del feto, ecc. – si può abbastanza agevolmente stilare un inventario di circostanze in cui l'interruzione volontaria di gravidanza andrebbe garantita a prescindere da ogni intenzione contraria del legislatore⁵⁷. Vista da quest'angolazione, la soluzione avanzata dalla Corte Suprema in *Dobbs* è chiaramente deficitaria, poiché lascia al legislatore piena libertà per limitare o proibire l'aborto anche nelle situazioni più estreme. Allo stesso tempo, la stessa prospettiva consente anche di evidenziare i limiti della soluzione dettata in *Roe*: lungi dal tutelare solo il nucleo essenziale del diritto all'autodeterminazione della donna⁵⁸, la regola in essa formulata imponeva al legislatore uno specifico bilanciamento di interessi in cui si stabiliva inderogabilmente un elevato livello di tutela dei diritti della donna, ben superiore, ad esempio, a quello protetto dalla legislazione italiana⁵⁹. Inoltre, nella regola introdotta in *Roe*, nessuna tutela costituzionale era apprestata ai diritti del feto, ben potendo gli stati consentire l'interruzione volontaria della gravidanza anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

Era possibile conseguire un risultato di questo tipo nel contesto della giustizia costituzionale americana? È noto che un concetto come il nucleo essenziale dei diritti fondamentali non è di uso corrente nella giurisprudenza della Corte Suprema e non è certo in una materia così divisiva come il diritto all'aborto che era ragionevole aspettarsi una convergenza tra la giurisprudenza costituzionale americana e quella europea. Nondimeno, qualche spunto nella direzione indicata può scorgersi nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. Nella motivazione di questa opinione traspare un chiaro tentativo da parte del Chief Justice di scongiurare una radicale polarizzazione del collegio giudicante. Che questo fosse l'obiettivo della *concurring opinion* lo si riscontra dalla preferenza espressa per un approccio più graduale di ispirazione minimalista⁶⁰. Secondo Roberts, la Corte Suprema avrebbe dovuto procedere all'*overruling* di *Roe*, sul presupposto, condiviso con gli altri giudici della maggioran-

La Costituzione si limita a fissare i 'limiti di tolleranza' con cui devono fare i conti le variabili scelte normative. E qui entra in gioco la Corte costituzionale».

⁵⁶ Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 91-93.

⁵⁷ Analogo discorso dovrebbe valere in relazione alla tutela del feto, soprattutto nelle fasi più avanzate della gravidanza.

⁵⁸ In questo senso, invece, mi sembra si esprima S. PENASA, *op.cit.*, 1615.

⁵⁹ Non va dimenticato che la legislazione dello stato del Mississippi oggetto del caso *Dobbs* garantiva il diritto ad abortire fino alla quindicesima settimana, offrendo quindi un livello di tutela di poco superiore a quello garantito dagli artt. 4 e 6 della legge 194/1978.

⁶⁰ C. R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge Massachussets, 2001.

za, del dubbio fondamento costituzionale della *viability rule*⁶¹. L'*overruling*, tuttavia, non avrebbe dovuto portare al totale disconoscimento del diritto costituzionale all'aborto⁶². A giudizio del Chief Justice, la Corte Suprema avrebbe dovuto solo ridimensionarne il livello di tutela, in modo da lasciare al legislatore un più ampio margine di manovra. Non vi è dubbio, poi, che al momento di ridefinire il perimetro del diritto all'aborto Roberts sia estremamente vago⁶³, sintomo questo della obiettiva difficoltà di delineare il nucleo essenziale dei diritti e, forse, anche della consapevolezza di combattere una battaglia (almeno per ora) persa. In ogni caso, un principio il Chief Justice lo stabilisce con chiarezza, ovvero che ad ogni donna dovrebbe essere assicurata *a reasonable opportunity to choose*. Una formula che, in casi successivi e in circostanze più favorevoli avrebbe potuto ricevere una graduale specificazione. Così non è avvenuto e ciò che invece si prefigura è una nuova stagione di aperto scontro politico in cui non resterà che affidarsi, con Waldron, alla saggezza e alla misura dei legislatori.

5. Conclusioni

La traiettoria compiuta dalla Corte Suprema da *Roe* a *Dobbs* potrebbe essere descritta come il passaggio piuttosto improvviso (e, forse, anche improvvisato) da una giustizia costituzionale eroica ad una rinunciataria. Si è visto infatti che, mentre in *Roe* la maggioranza dei giudici della Corte ha riconosciuto il diritto ad abortire, spingendosi fino a dettarne una disciplina piuttosto articolata, in *Dobbs* è arrivata a disconoscere ogni tutela costituzionale a quel diritto, affidandone *in toto* le sorti alla legislazione federale o statale⁶⁴. In questo articolo si sono evidenziate le criticità di entrambe le soluzioni, per poi sostenere che, nel complesso, un simile impiego del controllo di costituzionalità rischia di dissipare il valore aggiunto della giustizia costituzionale, ovvero la sua capacità di ergersi al di sopra delle controversie politiche ordinarie per definirne il legittimo perimetro. La lezione che pare di potersi trarre da questa vicenda, quindi, è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta. Questioni moralmente e politicamente salienti come l'aborto sono e saranno sempre oggetto di conflitti che spetta anzitutto alle assemblee legislative affrontare in ragione della pubblicità dei loro lavori, della loro rappresentatività e delle opportunità di deliberazione che esse offrono⁶⁵. Riconoscere queste qualità non significa però chiudere gli occhi sui limiti del metodo democratico rappresentativo e sulla necessità che il suo impiego

⁶¹ «The viability rule was created outside the ordinary course of litigation, is and always has been completely unreasoned, and fails to take account of state interests since recognized as legitimate. It is indeed telling that other countries almost uniformly eschew a viability line», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion* del Chief Justice Roberts), 5.

⁶² «None of this, however, requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe* ... There is a clear path to deciding this case correctly without overruling *Roe* all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded ... and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion* del Chief Justice Roberts), 5.

⁶³ «That right should therefore extend far enough to ensure a reasonable opportunity to choose, but need not extend any further – certainly not all the way to viability», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion* del Chief Justice Roberts), 1-2.

⁶⁴ Occorre comunque riconoscere che la pronuncia in *Dobbs* non va a situarsi all'estremo opposto di *Roe*, collocazione questa che si sarebbe concretizzata se la Corte avesse proibito di tutelare il diritto all'aborto a livello legislativo o nelle costituzioni statali.

⁶⁵ J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in *Boston University Law Review*, 89, 2009, 335-355.

rimanga all'interno di una cornice di principi affidati alla custodia dei giudici costituzionali. Tanto quando i giudici si esimono da questo ruolo, quanto quando lo interpretano occupando spazi normalmente affidati alla politica, la giustizia costituzionale rischia di erodere la propria legittimazione. Il fatto che scenari di questo tipo si verificano con una frequenza minore in Europa è, una volta tanto, ragione di non trascurabile conforto⁶⁶.

⁶⁶ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 2010, 141, 157-158.

Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

Corrado Caruso*

ORIGINALISM AND THEORY OF THE CONSTITUTION: A CRITIQUE TO DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION

ABSTRACT: The *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* has made extensive use of the originalist canon to overrule two historical Supreme Court precedents recognizing the right to abortion. The article analyzes its arguments, highlighting their contradictions and criticizing the general conception of the Constitution sketched by the decision.

KEYWORDS: Originalism; abortion; right; judicial review; constitutional changes

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ha fatto ampio ricorso al canone originalista per superare due storici precedenti della Corte suprema che avevano riconosciuto il diritto all'aborto. Il saggio analizza i principali passaggi della decisione, evidenziandone le contraddizioni e criticando la generale concezione della Costituzione che emerge dalla pronuncia.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; diritti; controllo di costituzionalità; mutamenti costituzionali

SOMMARIO: 1. Una sentenza "politica" – 2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi – 3. Contraddizioni "originaliste" – 3.1. Una giurisprudenza ideologica? – 4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione – 4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"? – 5. Una lezione dall'Italia.

1. Una sentenza "politica"

D *obbs v. Jackson Women's Health Organization* è una sentenza di caratura *dottrinale*: la sua motivazione trascende il caso concreto per coinvolgere la portata e i limiti del *judicial review of legislation*, il rapporto tra questo e le istituzioni rappresentative, il "posto" nell'ordinamento costituzionale dei nuovi diritti, le dinamiche del *federalizing process* nella ripartizione verticale del potere politico. La sua lettura, da affiancare alla coeva *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (par. 2), deve dunque tenere in considerazione le implicazioni rispetto al *tipo* di ordinamento o alla *forma di stato* che la pronuncia contribuisce a disegnare. Osservazione, quest'ultima, inevitabile in un sistema ove, anche grazie ai confini mobili tra legalità ordinaria e legittimità costituzionale, si assiste a un'erosione della legalità costituzionale.

* Professore associato di diritto costituzionale, Università di Bologna; Emil Noël Fellow, New York University. Mail: corrado.caruso@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

timità costituzionale, «non c'è [...] questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria», e ciascun giudice, «forte del diritto di proclamare le leggi incostituzionali, [...] penetra sempre più negli affari politici»¹ concorrendo a determinare gli indirizzi generali del Paese².

Dobbs è, quindi, una sentenza *politica*, perché contribuisce a definire i fini fondamentali di una determinata comunità organizzata³. Non è possibile allora ragionare dell'originalismo, centrale nella trama argomentativa di *Dobbs, in astratto*, limitandosi, in un raffinato esercizio di stile, a interrogarsi sulla sua collocazione nella numerosa famiglia delle dottrine originaliste⁴. Simile canone va invece giudicato *concretamente*, valutandone la coerenza rispetto agli obiettivi, in termini di politica costituzionale, che la sentenza mira a soddisfare (par. 3).

Come testimoniato dall'ampio dibattito sorto nelle immediatezze della decisione⁵, i temi toccati da *Dobbs* superano la specificità giuridica e culturale dell'ordinamento statunitense per sollevare altrettanti problemi di teoria costituzionale relativi alla *definizione*⁶ e agli *scopi* della Costituzione (par. 4)⁷. Senza entrare nel dettaglio di quanto si andrà esponendo, *Dobbs* sposa una concezione *statica* e apparentemente *formale* della Carta fondamentale, relegando i processi di integrazione materiale

¹ Così già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Roma, 2007, 272-273.

² La critica alla configurazione hamiltoniana del potere giudiziario quale potere neutro trova conferma "empirica" sin dagli albori del XX secolo, quando il penetrante sindacato della Corte Suprema mise in discussione la legislazione economico-sociale del Paese. Cfr. il seminale saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996.

³ V. C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politica-dell-originalismo>.

⁴ Cfr. la dettagliata analisi di L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, consultabile in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>.

⁵ Sul punto, si rinvia al dibattito promosso dal direttivo dell'Associazione italiana dei costituzionalisti inaugurata dalla lettera AIC 7/2022, *Originalismo e Costituzione*, a firma del sottoscritto, con successivi interventi di L. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D'AMICO, G. RAZZANO, F. PEDRINI, C. VALENTINI, C. BOLOGNA. Adde A. BURRATI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *diritticomparati.it*; 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*, 3, 2022, 1609 ss.; 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*, *Rassegna* 3, 2022, 196 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *ivi*, 181 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La "Rivista Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 23 ss. Nella letteratura d'oltreoceano v. J.M. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights. Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 11 luglio 2022 (<https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>); *Id.*, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, in <http://bit.ly/3Int3sB>; C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, in <http://bit.ly/3xJGiyO>; J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 22-39* (<https://ssrn.com/abstract=4144889>).

⁶ Insiste su tale aspetto F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-lezione-teorica-dell-originalismo-l-interpretazione-di-quale-costituzione>.

⁷ Non vi è discussione teorico-generale intorno al significato di Costituzione che possa eludere tali fondamentali interrogativi. Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

dell'ordinamento in uno spazio costituzionalmente neutro. La pronuncia rappresenta una reazione alla diffusa pretesa secondo cui ciascun bisogno individuale debba trasformarsi in diritto soggettivo immediatamente azionabile e ai tentavi di marginalizzare l'intermediazione legislativa a favore dell'attivismo giudiziale.

L'alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da evitare: l'esperienza italiana, proprio con riguardo all'interruzione di gravidanza, testimonia l'esistenza di una terza via per sistematizzare i rapporti tra Costituzione, comunità politica ed evoluzione sociale (par. 5).

2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi

La portata e i significati di *Dobbs* risultano ancora più evidenti a volere affiancare la sua lettura a *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, una pronuncia decisa (anch'essa a maggioranza) pochi giorni prima⁸. Le due decisioni toccano tematiche distinte e arrivano ad esiti diversi (la prima accoglie le doglianze di incostituzionalità, la seconda le rigetta); sono però accomunate dall'ampio ricorso al canone originalista, da una comune tensione ideologica e da una analoga visione politico-costituzionale dell'ordinamento.

Bruen ha ritenuto incostituzionale una legge dello Stato di New York che subordinava il diritto di portare armi all'ottenimento di una licenza, rilasciata sulla base di una «giusta causa» (*proper cause*) connessa ad uno «*special need for self-protection*». Ad avviso della Corte, simile previsione è contraria alla Costituzione perché non trova adeguati precedenti normativi né negli anni della «fondazione» dell'ordine costituzionale statunitense, e cioè nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del II emendamento, né in quelli della «ricostruzione», successivi alla Guerra civile e all'adozione del XIV emendamento, che ha consentito di opporre le garanzie del *Bill of Rights* anche agli Stati federati (grazie alla dottrina dell'*incorporation*, definitivamente affermata con la giurisprudenza della Corte Warren a partire dagli anni Sessanta del Novecento). Nella tradizione costituzionale americana, scrive il Justice Thomas, non vi è alcun riferimento storico che possa giustificare il requisito della *giusta causa* prescritto dalla legge dello Stato di New York⁹.

Forse ancora più estreme le considerazioni della *majority opinion* redatta dal Justice Alito nel caso *Dobbs*. Con questa decisione, la Corte suprema ha salvato una legge del Mississippi che vieta l'interruzione di gravidanza a partire dalla quindicesima settimana. Sono stati così superati due storici precedenti che avevano riconosciuto il diritto all'interruzione di gravidanza, ancorandolo ora al diritto alla *privacy*¹⁰, ora alla libera autodeterminazione della donna desunta da una concezione sostanzialistica della *due process clause*¹¹. La prima sentenza (*Roe*) aveva dato origine a uno scrutinio di legittimità ripartito per trimestri, a seconda dello stato di avanzamento della gravidanza: mentre nel

⁸ Su tale pronuncia v. P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna 3, 2022, 143 ss.; A. FIORENTINO, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, ivi, 12 ss.

⁹ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, cit., 29-30.

¹⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

primo trimestre l'interruzione doveva essere lasciata nella piena disponibilità della donna, nei trimestri successivi la discrezionalità legislativa degli Stati aumentava fino a diventare massima nel terzo, quando le legislazioni statali avrebbero potuto vietare l'aborto a meno che questo non fosse stato necessario a salvare la vita della madre o a evitare un pregiudizio irreparabile alla sua salute. La seconda pronuncia (*Casey*), pur confermando il diritto fondamentale all'interruzione di gravidanza, aveva realizzato un *partial overruling* di *Roe*, sostituendo la ripartizione in trimestri con una distinzione in due fasi, a seconda del grado di sviluppo del feto e della sua capacità di sopravvivere al di fuori del grembo materno (cd. *viability*). Prima di questo momento, la regolazione legislativa dell'interruzione di gravidanza sarebbe stata ammissibile solo ove non avesse integrato un limite "eccessivo" alla capacità di scelta della donna (*undue burden test*)¹².

Dobbs ribalta tali precedenti. Secondo la Corte, i diritti non espressamente previsti dai primi nove emendamenti alla Costituzione possono essere tutelati solo ove siano «profondamente radicati» nella storia e nella tradizione statunitense ed essenziali allo «schema di una ordinata libertà»¹³, di una libertà cioè non assoluta ma ben ponderata, capace di «predeterminare i [propri] limiti e definire i [propri] confini» rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁴.

L'interruzione di gravidanza non risponderebbe al modello di una «ordinata libertà». L'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, diversi secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale, e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali.

In ogni caso, continua la *majority opinion*, fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio. I giudici di *Roe* e di *Casey* avrebbero dunque misconosciuto il consolidato assetto normativo degli Stati della Federazione e realizzato una «usurpazione del potere del popolo» e dei suoi legittimi rappresentanti in nome di una lettura partigiana della Costituzione. È necessario guardarsi, ammonisce la Corte suprema, dalla «naturale tendenza umana a confondere ciò che il [XIV] emendamento protegge con le proprie ardenti visioni della libertà di cui dovrebbero godere gli Americani»¹⁵.

La *majority opinion* non ha dunque esitato ad allontanarsi dallo *stare decisis*: il rispetto dei precedenti non può essere invocato quando questi violino il testo costituzionale, disconoscano la storia della Nazione o esprimano test giudiziali *not workable*, capaci cioè di sprigionare effetti applicativi imprevedibili o disorientare cittadini e istituzioni¹⁶.

3. Contraddizioni "originaliste"

Bruen e *Dobbs* sollevano plurimi interrogativi. Il primo quesito riguarda la portata del canone originalista accolta dalla pronuncia in esame. È ormai acquisito da tempo, nella discussione d'oltreoceano,

¹² Cfr., per una sintesi di tali precedenti, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 25; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione*, cit., 198.

¹³ *Dobbs*, cit., 5, traduzione nostra.

¹⁴ *Ivi*, 31.

¹⁵ *Ivi*, 17.

¹⁶ *Ivi*, 43 ss.

come non sia possibile desumere l'intenzione originaria dalla volontà concreta dei singoli Padri fondatori (cd. *old originalism* o *original intent originalism*)¹⁷, per la difficoltà di individuare la prospettiva prevalente in un organo collegiale dalle molteplici voci o il fine complessivo delle intenzioni particolari dei *Framers* e dei soggetti istituzionali chiamati a dar vita al nuovo patto costituzionale¹⁸.

A rilevare è piuttosto il significato *oggettivo* delle disposizioni costituzionali nel contesto (storico, politico e culturale) di adozione. In altri termini, a essere determinante è l'*original meaning*, la "pre-comprensione", socialmente e storicamente situata, delle disposizioni costituzionali da parte di una data comunità politica nel momento in cui ha scelto di dotarsi di una *higher law* (cd. *new originalism* o *public meaning originalism*)¹⁹.

Tale distinzione può essere ulteriormente frammentata in ulteriori sotto-categorizzazioni, corrispondenti ad altrettante frange di tale corrente dottrinale²⁰, alcune delle quali tentano di coniugare il significato originario delle disposizioni costituzionali con un loro adattamento evolutivo²¹. Di simili compromessi non vi è traccia nell'originalismo accolto dalle pronunce appena passate in rassegna, le quali declinano il paradigma del *public meaning originalism* alla luce della dottrina (persino) precedente alla Carta del 1787 e al contesto normativo coevo o immediatamente successivo agli emendamenti costituzionali. Questi elementi disegnano una sorta di *tradizionalismo normativo* da cui trarre i *confini* e l'*oggetto* delle libertà da garantire nell'ordinamento del *tempo presente*²².

Nelle sue implicazioni pratiche, l'originalismo mira ad ancorare il giudice al testo, allontanando la tentazione delle corti di adottare leggi in forma di sentenza. Secondo i suoi sostenitori, l'originalismo eviterebbe alla giurisdizione costituzionale di sconfinare nel *legislative realm*, impedendo ai giudici di decidere secondo canoni di opportunità politica. L'originalismo avrebbe, dunque, il pregio di conferire oggettività alla decisione giurisdizionale, depurandola da intuizionismi o valutazioni morali.

¹⁷ Su tali aspetti v. diffusamente O. CHESSA, *I giudici del diritto: problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 147 ss. V. anche la tripartizione, interna alla dottrina originalista, proposta da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, 1, 2021, 976.

¹⁸ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit.

¹⁹ V. R. BORK, *The Tempting of America*, New York, 1991, 143 ss.; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998, 37-41. Bork e Scalia sono giunti ad abbracciare il *public meaning originalism* dopo un progressivo allontanamento dall'*intentionalism*.

²⁰ Cfr. L.B. SOLUM, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, in *B.Y.U. Law Review*, 2017, 1621, 1627, che individua almeno cinque tipologie di originalismo: *public meaning originalism*, *original intentions originalism*, *ratifiers' understanding originalism*, *original methods originalism*, *original law originalism*.

²¹ È il caso, ad esempio, del *living originalism* di J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2011, volto a valorizzare la *ratio* o il *principio* sotteso al significato originario e, dunque, a riaffermare, per ciascuna generazione, uno spazio di aggiornamento interpretativo delle disposizioni costituzionali. Questa impostazione ricalca il tentativo di composizione teorica portato avanti da R. DWORKIN, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham L. Rev.*, 65, 1997, 1249-1256, che distingue tra "*semantic intention*", relativa a ciò che i *Framers* intendevano dire inserendo un determinato concetto in Costituzione, e "*political or expectation intent*", e cioè la concreta finalità politica che gli stessi miravano a perseguire attraverso l'inserimento di una data previsione in Costituzione. Mentre la fedeltà dell'interprete alla Costituzione richiederebbe, ad avviso dell'A., il rispetto della prima, il *political intent* andrebbe confinato in uno spazio giuridicamente irrilevante.

²² In tal senso, J.M. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition – Discussion Questions for Dobbs, Part One*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/07/more-on-text-history-and-tradition.html>.

I due casi che qui si presentano smentiscono però questa conclusione. La Corte suprema ha mostrato uno spiccato attivismo: in *Bruen* è stata annullata una legge dello Stato di New York che regolava l'utilizzo di armi, allargando, con un evidente tasso di creatività giurisprudenziale, la portata applicativa del II emendamento. Nonostante la Corte suprema avesse già affermato l'incostituzionalità di previsioni statali che vietassero, in via generale, il diritto di possedere armi per esigenze di legittima difesa all'interno della propria abitazione²³, mai la portata del II emendamento era stata allargata fino ad ammettere che il *right to bear arms* potesse essere esercitato al di fuori delle mura domestiche. Anzi, la stessa Corte aveva specificato che le esigenze di autodifesa lasciavano impregiudicate limitazioni a carico di talune tipologie di soggetti (pregiudicati, malati mentali, etc.) o in relazione ad alcuni luoghi sensibili (scuole, edifici governativi, etc.)²⁴.

L'evoluzione giurisprudenziale circa la portata del II emendamento porta a dubitare dell'oggettività dell'originalismo e della sua neutralità applicativa. La selezione del materiale storiografico rilevante ai fini della individuazione del significato originario postula precise scelte di valore suscettibili di condurre a esiti interpretativi assai distanti. Non a caso, le indagini dottrinali sullo "scopo originale" del II emendamento divergono sensibilmente: a fronte di chi ha rinvenuto in questa disposizione un'ipotesi di autodifesa individuale volta alla prevenzione di reati²⁵, vi sono state voci che hanno individuato la *ratio* dell'emendamento in un «*military check of federalism*», una sorta di diritto di resistenza esercitabile in caso di esondazioni autoritarie ad opera del governo centrale²⁶. Altri ancora hanno ritenuto che la finalità della previsione non fosse quella di riconoscere un *diritto soggettivo* dell'individuo, quanto, piuttosto, quello di offrire una *garanzia oggettiva* a favore della giuridica esistenza degli Stati in un sistema (ancora) prevalentemente confederale²⁷.

Una spiccata creatività contraddistingue anche *Dobbs*. In questo caso, la legge del Mississippi oggetto di scrutinio è stata salvata a prezzo dell'*overruling* di due *landmark decisions* come *Roe* e *Casey*. La Corte suprema si è così allontanata dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è *garanzia* di certezza del diritto e *limite* al potere creativo dei giudici e alle loro erratiche preferenze²⁸. Sulla deroga a tale fondamentale principio si è concentrata la critica della *dissenting opinion*: non è sufficiente, ad avviso dei *dissenters*, la presunta erroneità di un precedente affinché questo possa essere su-

²³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). L'applicazione del II emendamento alla legislazione degli Stati, attraverso la sua *incorporation* nel XIV emendamento, è stata poi definitivamente sancita da *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010). Riferimenti in P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., 149.

²⁴ *District of Columbia v. Heller*, cit. Sottolinea tale aspetto anche P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., *ibidem*.

²⁵ D.B. KATES Jr., *Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment*, in Mich. L. Rev., 82, 1983, 204.

²⁶ A.K. AMAR, *The Bill of Rights, Creation and Reconstruction*, New Haven, 1998, 50.

²⁷ Cfr. R.G. WEATHERUP, *Standing Armies and Armed Citizens: An Historical Analysis of the Second Amendment*, *Hastings Const. L.Q.*, 2, 1975, 961. Era questa, peraltro, l'interpretazione seguita dalla Corte Suprema nella giurisprudenza precedente a *District of Columbia v. Heller*.

²⁸ V., per argomenti simili, F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge MA, 2009, 43-44.

perato²⁹. Sarebbe viceversa necessario, sempre secondo la minoranza, una sua oggettiva obsolescenza dovuta a un cambiamento del contesto normativo (*legal doctrine*) o a un mutamento fattuale (*factual change*). Al di fuori di queste ipotesi, l'*overruling* sarebbe ammesso solo ove non si fosse radicato un legittimo affidamento, da parte dei consociati, sul principio giurisprudenziale precedentemente enunciato³⁰. Nessuna di queste condizioni sarebbe stata soddisfatta nel caso di specie: l'opinione di maggioranza avrebbe ignorato l'aspettativa di «decine di milioni di donne americane che si sono affidate e continuano ad affidarsi al diritto di scegliere» sull'interruzione di gravidanza³¹.

Al di là di tali critiche, il consolidamento di questa legittima aspettativa, maturata negli ultimi cinquant'anni, svela un'ulteriore contraddizione del *reasoning* della maggioranza: se la tradizione è capace di sprigionare effetti normativi, se è l'esperienza dell'ordinamento a definire l'essenza e i confini delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti, non è chiaro quale sia la *ragione giuridica* in grado di escludere due fatti normativi come *Roe* e *Casey* dall'*acquis* del sistema costituzionale. Vi è, dunque, un salto logico-argomentativo, nella trama dell'opinione di maggioranza, colmato da un giudizio di valore che può essere così compendiato: *Roe* e *Casey* non appartengono (*rectius*: non devono appartenere) alla tradizione costituzionale statunitense perché assiologicamente inconsistenti rispetto alla gerarchia dei valori individuata, oggi, dal collegio giudicante.

Peraltro, la creatività di *Dobbs* trova conferma nel suo traboccamento *ultra petitem*: come osservato dal *Chief Justice* Roberts nella sua opinione concorrente, il *petition of certiorari* non chiedeva la cancellazione del diritto all'aborto quanto il superamento del requisito della *pre-viability* e, dunque, del periodo di gestazione entro cui i legislatori statali non avrebbero potuto introdurre alcun tipo di limitazione a tale situazione soggettiva³².

3.1. Una giurisprudenza ideologica?

Le incongruenze, interne al canone originalista, di *Bruen* e *Dobbs* tradiscono la caratura *ideologica* di tali pronunce, nel senso che la particolare *Weltanschauung* della maggioranza orienta e conforma la dottrina interpretativa, indirizzandone gli esiti.

In queste decisioni l'argomento originalista assurge a stratagemma retorico-persuasivo, funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore che riveda alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili³³. Messe a contesto, *Bruen* e

²⁹ La portata del vincolo del precedente segna una ulteriore linea di frattura all'interno della Corte, emersa a partire da *Janus v. American Federation of State County and Municipal Employees*, 585 U.S. ____ (2018). Cfr. sul punto G. ROMEO, *The Supreme Court's debate*, cit., 595 ss.

³⁰ Cfr. BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 31.

³¹ BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 32.

³² ROBERTS, C. J., *concurring in judgment*.

³³ Il timore di un possibile *overruling* delle pronunce rilevanti per la tutela dei diritti civili è espresso nella *dissenting opinion*, 4-5. Tenta di rispondere a simile preoccupazione l'opinione di maggioranza, nel senso di circoscrivere l'*holding* al solo diritto all'aborto (66). V. però l'opinione concorrente del Justice THOMAS (3): la Corte suprema dovrebbe rivedere tutti i casi che hanno sancito nuovi diritti sulla base di una concezione sostanziale della *due process clause*. Si tratta, in particolare, di *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) sul diritto di utilizzare e acquistare contraccettivi; *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) sull'incostituzionalità delle cd. *sodomy laws*; *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015), sul matrimonio omosessuale. Sul punto v. C. BOLOGNA,

Dobbs testimoniano l'irresistibile ascesa di tale canone nella giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali³⁴. *Nihil sub sole novum*, forse: come notava Tocqueville un paio di secoli or sono, il giudice è il depositario del potere, per sua natura conservatore, della tradizione, e somiglia «al sacerdote egiziano: come questi è l'unico interprete di una scienza occulta»³⁵.

Anche se non mancano tentativi di una sua declinazione progressista³⁶, non deve dimenticarsi come l'originalismo abbia storicamente rappresentato una reazione alla innovativa giurisprudenza della Corte Warren in tema di diritti civili³⁷. La rinnovata fortuna di tale criterio trova perciò spiegazione anche nella composizione del collegio e nelle particolari sensibilità politico-culturali che caratterizzano i giudici nominati da Donald Trump durante il suo mandato³⁸. Vi è, infatti, un legame tra l'originalismo e il *partisan entrenchment* dei giudici di recente nomina presidenziale³⁹. I profili di questi giudici rispondono a una precisa corrente politico-ideologica, a un *conservative legal movement* che è andato formandosi negli ultimi anni tra chierici ed operatori del diritto. Tra gli obiettivi di questo movimento, che riflettono altrettanti *cleavages* che oggi dividono la società americana⁴⁰, vi sono la valorizzazione del potere degli Stati rispetto a quelli della Federazione, il superamento o quanto meno la rivisitazione dei "nuovi" diritti civili, la de-regolamentazione del finanziamento della politica, l'interpretazione estensiva del II emendamento⁴¹.

L'originalismo diviene così strumento di una precisa politica costituzionale, realizzata da giudici che coltivano prospettive di egemonia sulla società. La scelta di superare consolidati precedenti attraverso un risicato voto a maggioranza squarcia il velo della sacralità giudiziale, adombra il volto neutrale del chierico e muove la giustizia costituzionale verso i lidi del volontarismo decisionista.

Polarizzazione, attivismo, superamento dei precedenti possono però portare a una crisi di legittimazione della Corte Suprema, alla sua perdita di credibilità di fronte alle istituzioni politiche e ai cittadini che non si riconoscono nelle sue decisioni. In effetti, il significato della Costituzione non riposa esclusivamente nelle più o meno raffinate interpretazioni delle *élites* in toga, ma anche nelle letture, più o

Aborto e originalismo nei diritti in *Rivista Il Mulino on-line*, <https://www.rivistailmulino.it/a/aborto-e-originalismo-nei-diritti>.

³⁴ Oltre a *Dobbs* e a *Bruen v. anche Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020) sui licenziamenti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del lavoratore. Su tale pronuncia, interessante anche per la diversa declinazione cui va incontro il canone originalista nell'opinione di maggioranza e nella *dissenting* a firma del Justice KAVANAUGH, v. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. cost.*, 2020, 839 ss.

³⁵ A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 271.

³⁶ Cfr., ad esempio, A.R. AMAR in *The Bill of Rights*, cit., *Id. America's Constitution. A Biography*, New York, 2005.

³⁷ Riferimenti in O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 143.

³⁸ Simile tendenza è stata segnalata, alla vigilia di *Dobbs*, da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation*, cit., 274.

³⁹ V. J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit.

⁴⁰ Sulle faglie dell'attuale politica americana cfr. F. PETRONI, *Fiamme sulla collina. L'America in crisi assedia sé stessa*, in *Limes*, 11, 2022, 43 ss.

⁴¹ Un contributo fondamentale alla formazione di questo movimento viene dalla *Federalist Society*, organizzazione di tendenza particolarmente attiva nelle *law schools* statunitensi. Cfr. A. HOLLIS-BRUSKY, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, 2015.

meno avanzate, dei soggetti (formazioni sociali, movimenti organizzati, comuni cittadini) che costellano il sistema politico⁴².

4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione

L'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L'originalismo elide l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale. I principi enunciati nelle Costituzioni, infatti, non richiamano valori statici o meta-storici, ma sono «punti di vista storicamente condizionati», la cui validità dipende da un consenso sociale che origina dal patto costituzionale e va sviluppandosi nella vita dell'ordinamento⁴³.

Una Costituzione pietrificata rischia di risultare inutile, frustrando la sua stessa ragione d'essere. Le Costituzioni devono *durare per unire*, mantenersi efficaci nel tempo o, per dirla con Hart, essere generalmente riconosciute dai consociati per svolgere la loro funzione unificante⁴⁴. Là ove non fossero capaci di unire le generazioni presenti alle passate, di orientare l'evoluzione sociale nella continuità istituzionale, scolorirebbero in un'istantanea del passato, nella fotografia sbiadita di una comunità politica superata dalla storia. Una Costituzione sclerotizzata darebbe forza all'obiezione democratica, di stampo jeffersoniano, in forza della quale ciascuna generazione ha il diritto di darsi una nuova costituzione che ne rifletta la volontà⁴⁵.

Con queste sentenze, e con *Dobbs* in particolare, la (maggioranza della) Corte Suprema dimentica che l'ordinamento costituzionale non può ridursi al solo testo costituzionale o al suo significato originario: la Costituzione è la cuspide di un più ampio sistema che ricomprende il contesto normativo e i valori di cui sono depositarie forze politico-sociali che si rinnovano nel tempo⁴⁶. Può essere che *Roe* e *Casey* fossero eccessivamente creative o esprimessero test poco funzionali: esse però erano figlie della stagione dei diritti civili, di una fase di cambiamento politico trasfuso nell'ordinamento attraverso un vero e proprio *momento costituzionale*⁴⁷. Non è questa la sede per approfondire il tema dei

⁴² Cfr. M.V. TUSHNET, *Taking back the Constitution: activist judges and the next age of American law*, New Haven, 2020.

⁴³ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 57.

⁴⁴ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 119 ss. La norma di riconoscimento è il presupposto di validità dell'ordinamento giuridico. Essa svolge una funzione di aggregazione del consenso sociale intorno alle norme giuridiche *poste*, affinché queste possano essere seguite e applicate. È la norma generale di riconoscimento che consente all'ordinamento (e dunque anche alla Costituzione, che dell'ordinamento è la norma superiore) di essere efficace e, quindi, persistere nel tempo. Persino un normativista come Kelsen riconosce che l'efficacia è condizione di validità del sistema giuridico: «le norme [...] sono in vigore per il fatto che la norma fondamentale per la loro produzione [...] viene presupposta come valida [...]»; ma esse sono in vigore soltanto quando (cioè fino a quando) quest'ordinamento giuridico è efficace. Appena la Costituzione, cioè l'ordinamento giuridico come totalità che si fonda su di essa, perde la sua efficacia, anche l'ordinamento giuridico e quindi ogni singola sua norma perde la propria validità». Così H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 242.

⁴⁵ T. JEFFERSON, *Political writings*, New York, 1999, 596.

⁴⁶ Cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 265-267.

⁴⁷ Cfr. le note tesi di B. ACKERMAN, *We the people. 3: the civil rights revolution*, Cambridge MA – London, 2014, 288-289, il quale muove dall'idea che, nei momenti eccezionali dell'ordinamento, le corti trasformino le grandi

rapporti tra la Costituzione e i mutamenti costituzionali, e cioè quei cambiamenti, per dirla con Mortati, «che hanno luogo senza l'impiego delle forme legali per ess[i] previst[i]»⁴⁸. È però ormai comunemente accettato che anche gli ordinamenti retti da Costituzioni rigide conoscano questi mutamenti, e che anzi la capacità di governare questi cambiamenti senza sfociare nell'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale sia prova di buona salute della Costituzione o, quanto meno, di una felice *integrazione* tra norma costituzionale e realtà sociale⁴⁹. Il rapporto tra Costituzione e mutamento costituzionale rimanda, in fondo, alla dialettica tra il diritto formale, positivizzato nel testo costituzionale, e i *fatti normativi* che segnano l'evoluzione del sistema giuridico. Dal punto di vista teorico-generale, affinché l'apporto dei mutamenti costituzionali possa essere apprezzato dall'interprete, è necessaria una *prospettiva istituzionalistica* che riconosca normatività ad elementi che, considerati in termini formali, ne sarebbero privi⁵⁰.

Certo, vi può essere un momento in cui, ormai superato dalla fattualità, l'atto normativo esaurisca la propria capacità ordinante, cedendo il passo a un nuovo ordine costituzionale. I mutamenti costituzionali possono condurre a torsioni patologiche, in grado di negare l'identità della Costituzione e, dunque, dei principi supremi che definiscono il codice genetico dell'ordinamento. Tale negazione si ha non solo con l'instaurazione violenta di un nuovo ordine, ma anche quando il «ceto dirigente [...] indirizza l'azione dello Stato verso [...] interessi e [...] concezioni» che «risultino irriducibili a quelli che orientavano l'assetto prima vigente»⁵¹; quando, in altre parole, a seguito dell'esaurimento dei fini e dei valori delle forze dominanti che sostenevano le formule costituzionali, l'originaria costituzione materiale si trasforma a tal punto da negare il presupposto o la condizione di validità della costituzione formale⁵². Finché però la tensione tra questi due momenti è in equilibrio, finché vi è una complessiva *congruenza assiologica* tra fatti normativi sopravvenuti e principi supremi non si assiste all'instaurazione di un ordine nuovo ma al fisiologico sviluppo dell'ordine esistente.

La Costituzione dà forma giuridica all'unità politica di un popolo, giuridificando gli interessi e le aspettative di una comunità in un dato momento storico, ma non coincide con l'ordine concreto, storicamente situato, da cui essa promana. L'unità politica formalizzata nella Costituzione, infatti, non si

rivendicazioni delle masse in «canoni costituzionali», in principi vincolanti per gli sviluppi dell'ordinamento, lasciando ai poteri rappresentativi lo sviluppo e l'attuazione del principio enunciato.

⁴⁸ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 187. Su tali dinamiche, che non si arrestano al momento positivo della riforma costituzionale (*Verfassungsänderung*), ma ricomprendono anche il mutamento (o la trasformazione) costituzionale (*Verfassungswandlung*), risultato delle pratiche legislative, amministrative e giudiziali che operano nell'ordinamento a prescindere da una modifica formale e dalla volontà intenzionale di riformare la Costituzione, cfr. G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, M. CARDUCCI (a cura di), Lecce, 2004, 18. La dottrina ha dedicato rinnovata attenzione al tema delle modifiche tacite e dei mutamenti costituzionali: v. R. BIN, A. MANGIA (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020; M. IADICICCO, *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018, 1 ss.

⁴⁹ V. F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020, 66-67.

⁵⁰ F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*», cit., 49.

⁵¹ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 213.

⁵² Cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 793-794.

«pone solo per mantenere un ordine esistente, ma [...] tende allo svolgimento progressivo di esso»⁵³, e, dunque, ad un processo storico per ciò stesso dinamico, «ricettivo di nuovi interessi (che assurgono a valori costituzionali) e sospensivo di originarie istanze costituenti (che giuridicamente affievoliscono di fronte all'imprevedibile corso della storia)»⁵⁴. La Costituzione, dunque, non è solo «statuto organizzativo»⁵⁵, ma è anche «ordine vitale che comprende il processo di vita politica dello Stato, in cui esso diviene reale attraverso l'inclusione continua e dinamica del singolo» e delle forze sociali⁵⁶.

4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"?

Anche per tali ragioni, non può essere accolta l'idea, espressa dalla *concurring* del Justice Kavanaugh e autorevolmente rilanciata nel dibattito successivo a *Dobbs*, della Costituzione "neutrale"⁵⁷. In base a questa lettura, allorché una situazione soggettiva non sia esplicitamente prevista dal *testo* della Costituzione, questa resterebbe nella disponibilità del legislatore, alla libera dialettica delle forze politiche chiamate a decidere attraverso un voto (per eleggere o per decidere⁵⁸) a maggioranza. In tal senso, tutte le rivendicazioni non espressamente richiamate dal testo costituzionale sarebbero, per ciò stesso, costituzionalmente irrilevanti. Questa tesi, volta a contenere gli eccessi creativi della giurisdizione costituzionale, sottostima taluni elementi che, una volta esplicitati, paiono smentirne le premesse.

In primo luogo, e per restare a *Dobbs* (ma una considerazione simile potrebbe valere anche per *Bruen*), la controversia sul riconoscimento del diritto all'aborto è, anzitutto una *questione interpretativa*, un dilemma cioè sul significato (formale o sostanziale) da ascrivere alla *due process clause* e, dunque alla lettera della Costituzione. Procedimento intellettuale complesso, l'attività interpretativa consta di due momenti: l'ascrizione ad un testo di possibili significati e la successiva *scelta* del significato in funzione applicativa della disposizione⁵⁹. L'interpretazione, dunque, non è solo atto di conoscenza, è anche atto di volontà. Ritenere che l'aderenza al testo o alla lettera della Costituzione rap-

⁵³ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, 64.

⁵⁴ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 417. A conclusioni simili mi pare giunga M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 3, 2013, 1-5.

⁵⁵ Come invece vorrebbe la concezione kelseniana, che affida alla Costituzione il compito di «regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione». Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 152-153.

⁵⁶ Così R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 285.

⁵⁷ Cfr. KAVANAUGH, J., *concurring*; N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in <http://bit.ly/3ko7Qqs>.

⁵⁸ Su questa distinzione, analiticamente rilevante quando si discute del principio di maggioranza, sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2021, 5.

⁵⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 380 ss. In Italia le tesi kelseniane riecheggiano nella distinzione proposta da V. CRISAFULLI, tra disposizione e norma (*Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195 ss.), e nella teoria scettica della interpretazione proposta da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 49 ss. Cfr. però la critica di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 438, il quale adotta una prospettiva cognitivista dell'interpretazione. A parere dell'A., i criteri interpretativi, a partire dal canone letterale, fisserebbero il significato «più corrett[o]» della disposizione, ovvero il «"sol[o]" [...] che sia legittimo seguire». Posizioni simili nei lavori di A. VIGNUDELLI, tra i quali, in particolare, *Il documento normativo: caratteristiche, problemi e metodologie di significazione*, in Id., *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, 129 ss.

presenti un'operazione oggettiva non tiene conto della *realtà* del procedimento interpretativo, che contiene sempre un elemento insopprimibile di volizione soggettiva tanto spiccato quanto più è indeterminato l'enunciato linguistico. In fondo, il ricorso all'originalismo serve proprio a mascherare questo momento volontaristico: il richiamo a un criterio esterno al procedimento interpretativo dovrebbe produrre un *vincolo* l'interprete, così da confermare la «volontà ordinante» del Costituente storico sullo sviluppo dell'ordinamento⁶⁰.

In secondo luogo, la tesi che riduce la “materia” costituzionale al solo testo della Costituzione⁶¹ pecca di eccessivo formalismo. L'ordinamento giuridico, sviluppatosi nel corso del tempo *a partire* dal testo costituzionale, è costellato da normative che, nonostante siano di rango ordinario, contribuiscono a delinearne l'identità. Come già aveva intuito Costantino Mortati⁶², la materia costituzionale eccede il testo costituzionale, nel senso che vi sono norme che sviluppano le disposizioni della Carta e contribuiscono, in una interazione biunivoca tra Costituzione e materiale legislativo sottostante, all'ascrizione di senso al testo costituzionale⁶³. Questa funzione di *riempimento* semantico non è svolta solo dalle *fonti* subordinate: la scelta intorno al significato interpretativo è orientata dalle opzioni ermeneutiche, dagli argomenti, dai precedenti della giurisprudenza costituzionale e dalle prassi istituzionali. Insomma, l'interprete si colloca sempre in un contesto *vivente*⁶⁴, ed è grazie alle relazioni con tale complesso sistema che il procedimento interpretativo arriva a maturazione.

Ridurre la Costituzione (o meglio: *il concetto* di Costituzione) al testo costituzionale rischia di diluire la sua specificità, come se essa fosse un *comune* atto normativo. Tra enunciati costituzionali e normazione ordinaria vi è invece una alterità qualitativa: la Costituzione «non si realizza e non può mai realizzarsi interamente nelle norme, perché non è in nessun caso ordine compiuto»⁶⁵; non pone, quindi, confini certi e predeterminati, validi in sé in quanto normativi⁶⁶, ma «delinea piuttosto delle traiettorie, indica le frontiere di un processo continuo di positivizzazione»⁶⁷.

La tesi della neutralità della Costituzione muove da un postulato culturale implicito, che esaurisce la funzione della Costituzione nella garanzia dell'individuo (e dei suoi beni) *contro* lo Stato. Questo assunto, plausibile per le Carte liberali del XVIII e del XIX secolo (e forse anche per la Costituzione – o meglio, per il *testo* – statunitense), non può valere per il contesto costituzionale italiano, retto del

⁶⁰ V. M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48.

⁶¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.

⁶² C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 169 ss.

⁶³ V., sul punto, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 229 ss. Se, per un verso, «la funzione condizionante della norma costituzionale [...] non potrebbe compiutamente spiegarsi senza la possibilità di costruire un universo semantico *prioritario* e *indipendente* rispetto a tutto il sistema normativo sottostante», per altro verso «bisogna rinunciare a considerare il diritto costituzionale il fondamento semantico di tutti i rami del diritto [...]. L'“intensione” e l'“estensione” delle parole della Costituzione variano da caso a caso e possono portare a significati ed applicazioni più ampi, equivalenti o più ristretti rispetto alle parole usate dal legislatore ordinario» (ivi, 235, 236).

⁶⁴ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 444.

⁶⁵ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 185.

⁶⁶ Per una concezione della Costituzione quale documento «auto-fondante», v. invece A. PACE, *Introduzione*, in *Id.*, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, IX.

⁶⁷ Così A. MORRONE, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 70.

principio dell'*homme situé*⁶⁸. Tale principio, risultato del felice incontro, in Costituente, tra il personalismo comunitario delle forze cattoliche e il materialismo delle sinistre non solo ha portato, sin dal testo costituzionale, a una moltiplicazione degli *status* meritevoli di tutela (il cittadino; il lavoratore; la donna lavoratrice; i coniugi; i figli, i disabili, etc.) ma ha anche condotto al riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive *oltre* la lettera della Costituzione, assecondando un processo continuo di *promozione* della personalità individuale⁶⁹.

A ben vedere, il tentativo di circoscrivere la materia al testo costituzionale ha un obiettivo di politica istituzionale: riservare alle istituzioni rappresentative le scelte fondamentali di sviluppo dell'ordinamento⁷⁰.

Dietro a tale obiettivo si celano importanti motivazioni teoriche, da non sottovalutare. Le decisioni delle istituzioni rappresentative riflettono il principio di maggioranza, che non può essere degradato a mero strumento tecnico di assunzione delle decisioni collettive⁷¹. Esso è un criterio procedurale in grado di riflettere specifici valori sostanziali, cardini del costituzionalismo liberal-democratico, quali la libertà di partecipare all'autogoverno collettivo (o libertà *positiva*, à la Berlin), l'eguaglianza politica dei consociati e il pluralismo ideologico⁷². Non vi è dubbio che l'attivismo delle corti possa ingenerare una tensione con simili valori, fino a concretizzare il pericolo di un *suprematismo* giudiziale in grado di oscurare il pluralismo dei fini delle forze politiche e di sterilizzare le multiple virtualità della Carta fondamentale⁷³. Non va dimenticato, infatti, che le decisioni di incostituzionalità (e gli argomenti portati per sostenerle) portano sempre con sé un plusvalore di politicità: ad essere sopravanzato non è solo lo specifico interesse perseguito dalla legge dichiarata illegittima, ma anche la generale discrezionalità del legislatore. Peraltro, nelle motivazioni delle sentenze, le norme positive, i diritti costituzionalmente posti e i principi costituzionali vengono diluiti in argomenti⁷⁴ che, da un lato, promuovono un dialogo con le istituzioni rappresentative e la comunità degli interpreti, dall'altro però restringono l'universo del discorso politico, pretendendo di orientare le scelte degli altri attori istituzionali oltre le peculiarità del caso giudiziale⁷⁵.

⁶⁸ L'espressione, coniata da Burdeau, è stata recentemente aggiornata da G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, 2018, 107.

⁶⁹ Muove da tale consapevolezza la dottrina che, per prima, ha interpretato l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta, tesi oggi largamente prevalente in letteratura e giurisprudenza. V. A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

⁷⁰ N. ZANON, *La Costituzione*, cit.

⁷¹ E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976, 94.

⁷² Sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, cit., 6 ss.

⁷³ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, spec., 281 ss.

⁷⁴ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁷⁵ V., se si vuole, C. CARUSO, *Giustizia costituzionale*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 309.

5. Una lezione dall'Italia

Queste considerazioni rimandano a un dilemma all'apparenza ineluttabile: ammettere letture svalutative del concetto di Costituzione, rifugiandosi nell'apparente oggettività dell'interpretazione, o affidare i destini della Costituzione ai suoi guardiani, ormai assurti, secondo talune letture, a co-titolari di una funzione di indirizzo politico se non, addirittura, di *rappresentanza* dei valori costituzionali⁷⁶? Questa rigida alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da rifuggire. È infatti possibile rinvenire una via mediana, una terza via⁷⁷ che riconosca la centralità delle istituzioni e degli strumenti maggioritari nello sviluppo dell'ordinamento, cui affiancare, con un ruolo ausiliario di stimolo o di correzione, i poteri contro-maggioritari.

Per comprendere i termini di questa posizione teorica conviene tornare alla giurisprudenza della Corte suprema.

È da vedere se *Dobbs* (e *Bruen*), l'estremizzazione del Partito Repubblicano e del suo elettorato siano sintomi di un nuovo momento costituzionale, eguale e contrario a quello che, sessant'anni fa, ha portato gli Stati Uniti d'America sulla strada dei diritti e dell'emancipazione delle minoranze. Per il momento, queste tendenze sembrano portare a una «radicalizzazione conservatrice», promossa da chierici ed élites politiche contrari a taluni valori che oggi costellano il panorama assiologico statunitense⁷⁸.

Negli Stati Uniti, la debolezza dei «nuovi» diritti, tra cui quello alla interruzione di gravidanza, riposa anche nella loro origine giurisprudenziale, nella loro riduzione a semplice opzione interpretativa delle corti. *Roe* e *Casey* hanno illuso che fosse sufficiente una avanzata giurisprudenza per riconoscere e tutelare (in una parola: per *fondare*) rinnovati diritti costituzionali.

L'ordine di esecuzione, firmato all'indomani della decisione dal Presidente Biden per garantire, nonostante *Dobbs*, l'accesso ai servizi abortivi⁷⁹, conferma l'impressione di una certa arretratezza istituzionale: ciò che è mancato, in quell'ordinamento, è un processo di unificazione politica che, al di là delle differenziazioni territoriali, desse fondamento giuridico *unitario* alla interruzione di gravidanza. Non a caso, nel percorso argomentativo della *majority opinion* la necessità di garantire *the will of the people* e, dunque, uno spazio di decisione politica a favore delle istituzioni federali, va di pari passo con l'esigenza di assicurare un ampio margine di azione agli Stati. Viene così riscoperta, in tema di di-

⁷⁶ Una posizione che si sta facendo strada in quella parte della letteratura internazionale che valorizza l'opera di tutela dei diritti da parte delle corti. Cfr., tra gli altri, M. KUMM, *On the Representativeness of Constitutional Courts: How to Strengthen the Legitimacy of Rights Adjudicating Courts without Undermining Their Independence*, in C. LANDFRIED (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, 2019, 281 ss. Echi anche nella dottrina italiana: v. C. VALENTINI, *Rappresentanza politica*, in *Grammatica del costituzionalismo*, cit., 113 ss. Per una lettura tradizionale, ma ancora attuale, della rappresentanza politica, v. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 853 ss.

⁷⁷ Cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/il-caso-dobbs-e-la-terza-via>.

⁷⁸ J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit., 5 ss.

⁷⁹ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/08/03/executive-order-on-securing-access-to-reproductive-and-other-healthcare-services/>.

ritti fondamentali, una sorta di *concurrent majority*⁸⁰ o di doppio livello di decisione politica, che non solo amplifica la discrezionalità legislativa ma consente a *ciascuno stato* di muoversi liberamente, secondo gli equilibri e le maggioranze determinatisi nei rispettivi territori⁸¹. In simili contesti, connotati spesso da arretratezze culturali, spiccata omogeneità partitica⁸², sistemi elettorali disproporzionati in termini di rappresentatività⁸³, è difficile immaginare che l'interruzione di gravidanza si affermi in via politica⁸⁴, affrancandosi dalla tirannia delle maggioranze dei diversificati ordinamenti statali. Il panorama sub-federale dell'America di oggi sembra refrattario al pluralismo: in misura crescente, infatti, gli Stati sono «strumenti delle battaglie per l'identità»⁸⁵.

Questa ulteriore conseguenza rende *Dobbs* una decisione non proporzionata, che amplifica in misura esponenziale il peso e le ragioni dei poteri a detrimento dei diritti della persona⁸⁶ e, più nello specifico, della pari dignità sociale della donna. *Dobbs* non apre soltanto a possibili differenziazioni normative tra i diversi Stati: attraverso il declassamento del test di legittimità costituzionale, che passa dall'*undue burden* di *Casey* al debole *rational basis test*, la pronuncia amplifica il margine di discrezionalità legislativa, chiamata a graduare, nella valutazione della richiesta di interruzione, le cause della gravidanza, il periodo di gestazione, le condizioni di salute della donna. Questa ampia discrezionalità rischia di degradare il genere a *stigma*, a condizione personale che implica, in via di principio, una generale subordinazione dell'autodeterminazione individuale alla volontà legislativa⁸⁷.

Alla luce di tali considerazioni, può concludersi che, negli Stati Uniti, è mancato ciò che è avvenuto in Italia: l'interruzione di gravidanza, oggi disciplinata dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti: la Corte costituzionale⁸⁸, i cittadini (prima con la raccolta delle firme per il referendum del 1975 e poi con il voto referendario del 1981, che ha respinto gli opposti quesiti, di matrice cattolica e radicale, sulla legge

⁸⁰ La tesi della *concurrent majority* è stata elaborata da J. Calhoun nell'ambito del cd. *constitutional compact*, teorizzato prima della guerra civile in un contesto di federalismo duale. In base alla *concurrent majority*, ciascuna decisione avrebbe dovuto coinvolgere anche la volontà dei soggetti esponenziali di *interessi* rilevanti per l'organizzazione collettiva (e, dunque, degli Stati federati). Cfr. J. CALHOUN, *A disquisition on government and a discourse on the constitution and government of the United States*, New York, 1883, 28.

⁸¹ Coglie questo aspetto della decisione S. PENASA, *People have the power!*, cit., 617. Non a caso, proprio l'approvazione, da parte di diversi Stati, di leggi restrittive in tema di aborto ha aperto la strada al giudizio di costituzionalità della Corte suprema. Cfr. D. PARIS, *Overruling Roe v. Wade?: The Increasing Politicization of Constitutional Adjudication in the U.S.*, in *VerfBlog*, 2019/7/05, che scrive, a questo proposito, di «State-driven strategic litigation».

⁸² F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45, sottolinea come, ad oggi, 39 dei 50 Stati americani siano caratterizzati da un regime a partito unico (i.e., dallo stesso colore politico di governatore e legislativo). Inoltre, le contee in cui i candidati alla Presidenza vincono con una percentuale superiore all'80% sono un quarto del totale.

⁸³ Sul problema del *gerrymandering* nelle legislazioni elettorali statali cfr. A. PIERINI, *I sistemi elettorali nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in M. OLIVIERO, M. VOLPI (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Torino, 2007, 402.

⁸⁴ In questo senso, invece, M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-discussione-maschile-che-lascia-sullo-sfondo-le-donne-e-i-loro-diritti>.

⁸⁵ F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45.

⁸⁶ Condivisibili le osservazioni, sul punto, di C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

⁸⁷ In questo senso mi pare vadano le osservazioni di S. PENASA, *People have the power!*, cit., 1617.

⁸⁸ Cfr. sent. n. 27/1975.

194⁸⁹), lo stesso legislatore rappresentativo. Certo, al contrario di *Roe* e *Casey*, legislatore e Corte costituzionale non hanno riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'aborto: nei primi 90 giorni l'interruzione di gravidanza è ammessa allorché la maternità arrechi un pregiudizio serio alla salute fisica e psichica della madre⁹⁰, sulla base dell'assunto «che non esiste equivalenza fra il diritto [...] alla vita [e] alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁹¹.

Una soluzione che, a circa quaranta anni dalla sua entrata in vigore, ha richiesto taluni interventi di manutenzione: una recente circolare del Ministero della Salute ha, ad esempio, ampliato la possibilità di ricorrere all'aborto farmacologico⁹². Inoltre, è stata ipotizzata una semplificazione delle procedure amministrative nel senso di rafforzare le garanzie di autodeterminazione della donna⁹³, e sono state adottate, dalle diverse strutture sanitarie, misure organizzative volte a limitare il diffuso ricorso all'obiezione di coscienza, che rischia di minare l'effettività dell'interruzione di gravidanza⁹⁴.

In ogni caso, la scelta codificata dalla legge n. 194/1978 è destinata a resistere nel tempo perché figlia di un ampio processo deliberativo orientato a raggiungere un'intesa tra soggetti diversi che trovano nella Costituzione una comune legittimazione⁹⁵. L'interruzione di gravidanza nel nostro ordina-

⁸⁹ La richiesta referendaria del 1975 mirava ad abrogare le disposizioni del codice penale che, a vario titolo, punivano l'aborto e i comportamenti ad esso connessi. Il referendum, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 251/1975, non si tenne per l'intervenuta approvazione della legge n. 194/1978. I referendum del 1981, accertata l'inammissibilità della proposta "massimale" di abrogazione della legge nel frattempo intervenuta (cfr. sent. 26/1981), hanno visto una chiara affermazione dei NO, così dotando di un plusvalore di legittimazione l'equilibrio raggiunto dalla legge 194. Riferimenti in A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 55 ss., 67 ss.

⁹⁰ Cfr. art. 4, l. n. 194/1978. Il serio pericolo va declinato in relazione ad ampie clausole come lo stato di salute, le condizioni economiche, o sociali o familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento, le previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Dopo i primi novanta giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

⁹¹ Sent. n. 27/1975.

⁹² Cfr. Min. Salute, *Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine – aggiornamento* (2020), che hanno aggiornato le precedenti Linee guida adottate nel 2010, nel senso di estendere l'aborto farmacologico fino a 9 settimane di età gestazionale senza obbligo di ricovero. Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022, 212. Con tale aggiornamento è stata data attuazione al favor, espresso dall'art. 15 della l. n. 194/1978, per l'uso delle «tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Cfr. M.P. IADICICCO, *Aborto farmacologico ed emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Quad. cost.*, 2020, 823.

⁹³ Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi*, cit., 208 ss.

⁹⁴ Sulla scorta dell'art. 9, quarto comma, della l. 194/1978, che impone agli enti ospedalieri (e alle case di cura) di assicurare «in ogni caso» i servizi necessari all'interruzione di gravidanza, demandando alle regioni il compito di garantire l'attuazione della legge «anche attraverso la mobilità del personale», talune aziende ospedaliere hanno adottato bandi di reclutamento del personale medico disposti a dare applicazione alla legge n. 194/1978. Su tali profili cfr. B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 374 ss.; D. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in *Quad. cost.*, 2017, 353 ss.

⁹⁵ Cfr. F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il Giudice Brennan*, Bari, 2004, 122 ss.

mento è il risultato di un proficuo dialogo tra la Corte costituzionale, recettiva o *responsive* rispetto a istanze maturate nella coscienza sociale⁹⁶, il legislatore, chiamato a delineare, nelle sue indefettibili funzioni di rappresentanza politica, la sintesi tra i diversi valori costituzionali coinvolti e i cittadini, che, con la loro attiva partecipazione, hanno suggellato questo percorso cooperativo. Un caso, dunque, di buona politica costituzionale, da prendere ad esempio nelle analisi sulla dialettica tra testo della Carta fondamentale, ordinamento giuridico ed evoluzione sociale.

Special issue

⁹⁶ Cfr. R. DIXON, *In Defense of Responsive Judicial Review*, in *UNSWLRS*, 11, 2022, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4100843.



Il “caso *Dobbs*”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States

Paolo Veronesi*

THE “DOBBS CASE”: “EXTREME” ORIGINALISM AND THE CRISIS OF CONSTITUTIONALISM IN THE STATES

ABSTRACT: The U.S. Supreme Court's *Dobbs* decision is examined, highlighting the theory of constitutional interpretation chosen by justices adhering to the majority opinion of the Court and criticizing the “originalism” practiced by them with the aim of overruling the precedent on abortion. The essay then focuses on the consequences to which the repetition of such an approach is likely to lead with reference to other rights and jurisprudential precedents that have hitherto characterized U.S. democracy.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Living Constitution; Stare decisis

ABSTRACT: Viene presa in esame la sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana, mettendo in luce quale teoria dell’interpretazione abbiano scelto i giudici di maggioranza e sottoponendo a critica l’“originalismo” da essi praticato con l’obiettivo di demolire lo *stare decisis* in materia di aborto. Si analizzano quindi le conseguenze alle quali condurrà verosimilmente la riproposizione di un simile approccio in riferimento ad altri diritti e precedenti giurisprudenziali che hanno sin qui caratterizzato la democrazia statunitense.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Living Constitution; Stare decisis

SOMMARIO: 1. Un problema di competenze? – 2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale – 3. Le aporie dell’originalismo – 4. Un originalismo *contra Constitutionem* – 5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs* – 6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente – 7. Una Corte “politica”?

1. Un problema di competenze?

Nella sentenza *Dobbs*, dello scorso 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti imposta (innanzi tutto) il tema del diritto all’aborto (nel suo rapporto con quanto è stabilito in Costituzione) come se si trattasse di una mera questione di competenza.

La Corte afferma pertanto che il compito di stabilire l’esistenza di un diritto all’autodeterminazione delle donne nel decidere l’interruzione di gravidanza non rientrava (e non rientra) tra le prerogative della Corte, spettando invece al potere legislativo dei singoli Stati.

* Ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Contributo su invito.

Sostenendo esattamente il contrario, dapprima con la celebre *Roe v. Wade* (del 1973), e poi con le correzioni/mitigazioni di *Planned Parenthood v. Casey* (1992) e di altre pronunce della medesima filiera¹, la Corte avrebbe pertanto illegittimamente usurpato il potere e le competenze dei legislatori nazionali. Per questa ragione, *Scotus* ritiene che il precedente del 1973 (e i successivi) sarebbero completamente sbagliati, ossia «*egregiously wrong*», come si trova scritto nella motivazione proprio con riguardo a *Roe*. Quel precedente si fonderebbe inoltre su argomenti niente meno che «eccezionalmente deboli». Da qui il radicale *overruling* e la completa demolizione dello *stare decisis* sul tema.

2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale

A questo pilastro argomentativo la Corte ne aggiunge tuttavia un altro, il quale costituisce il vero fulcro della pronuncia. Esso affonda le proprie radici in una (da lungo tempo) meditata e coltivata scelta interpretativa: essa trova oggi modo di esprimersi compiutamente facendo aggio del nuovo equilibrio “politico” raggiunto in seno alla Corte.

Per addivenire al suo odierno responso la Corte sostiene infatti che le norme costituzionali utilizzate e interpretate in *Roe*², nonché poi più precisamente identificate in *Casey* e nelle successive sentenze sul tema – ove ci si concentra definitivamente sul solo XIV Emendamento – non contemplino o non supportino, in realtà, alcun preteso diritto delle donne d’interrompere la gravidanza.

Per giungere a una tale conversione a U della propria giurisprudenza la Corte mette in campo una tecnica interpretativa di natura rigidamente originalista, preparata con cura nel corso degli ultimi decenni³.

In estrema sintesi, i giudici negano la possibilità di un’interpretazione evolutiva del testo costituzionale – implicita nell’idea di una *living Constitution*⁴ – e sostengono invece che i diritti fondamentali vanno estrapolati dalla Costituzione solo se in essa espressamente previsti o se già radicati nella tradizione del Paese e nella sua storia, con particolare riguardo al tempo in cui le norme di volta in volta sotto la lente sono state concepite. In aggiunta, la *Supreme Court* afferma che i diritti così eventualmente ricostruiti devono comunque rispettare uno schema di *ordered liberty*, e quindi risultare ben inseriti nel sistema degli altri diritti a essi connessi e con questi, dunque, già opportunamente bilanciati.

¹ Un’articolatissima rassegna della giurisprudenza della *Supreme Court* in materia è proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in questa *Rivista*, 3, 2022, 15 ss.

² Specificamente il I, II, IV, V, IX e XIV Emendamento.

³ *Dobbs* è anche il frutto dell’insegnamento originalista impartito a spada tratta dall’ex giudice Antonin Scalia, maestro di alcuni di coloro che oggi siedono presso *Scotus*: al proposito si v. *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 669 ss. Per un esame complessivo delle tesi originaliste cfr. C. TRIPODINA, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo interpretativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 229 ss. (ma recuperato on-line); P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2012, 285 ss. e O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014.

⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. A tale approccio interpretativo s’ispira la *dissenting opinion* dei tre giudici *liberal* in seno alla *Supreme Court*.

Benché, come si dirà *infra*, la motivazione di maggioranza non difetti di contraddizioni, se ne evince che solo in presenza di tali stringenti requisiti i nuovi diritti fondamentali, benché non nominati esplicitamente nella Carta, potranno collocarsi sotto l’ombrello del XIV Emendamento (e della qui prevista *Due Process Clause*).

Questa tesi – di per sé già molto angusta – potrebbe peraltro essere persino superata al ribasso ove dovesse in futuro prevalere la tesi sostenuta nella baldanzosa *concurring opinion* del giudice Thomas: vi si sostiene che l’Emendamento in questione non sarebbe in realtà dotato di alcun contenuto sostanziale, riguardando la sola azione dei legislatori, dei governi e dei giudici. Tutta la corposa giurisprudenza di *Scotus* fondata sulla tesi contraria dovrebbe quindi esser ribaltata. Thomas sollecita, dunque, a sollevare i relativi casi davanti alla Corte, promettendo di usare la scure: come si dirà meglio, si tratta di pronunce che hanno fatto la storia della democrazia statunitense (e, a cascata, non solo di quella).

Dobbs adotta quindi un approccio interpretativo di carattere rigidamente storico. Vi si accoglie la tesi per cui le norme contenute in Costituzione e gli Emendamenti andrebbero assunti badando all’*original intent* di chi li ha approvati, oppure – ed è questo che si deduce dalla motivazione di maggioranza – dando rilievo al solo significato che le parole del testo esprimevano allorché sono state concepite e tradotte sulla carta⁵.

Per i giudici di *Dobbs* il diritto all’autodeterminazione delle donne in gravidanza non supererebbe nessuna queste prove: la discordante ricostruzione storica del fenomeno e delle scelte legislative del passato statunitense in materia di aborto, pur attentamente delineata in *Roe*, viene ora bocciata senza appello⁶.

Le numerose tesi originaliste elaborate dalla dottrina – quella oggi praticata da *Scotus* compresa – brandite come una scimitarra soprattutto dagli interpreti iper-conservatori⁷, hanno però sempre suscitato sconcerto, almeno presso una larga fetta dei giuristi e dei costituzionalisti *in primis*: ciò soprattutto con riguardo a quelle più estreme e meno disposte al dialogo con impostazioni di ben diversa natura. Quanto trasparente (*rectius*: esonda) da *Dobbs* è riconducibile proprio a una di queste.

⁵ Si v. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Come osserva O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022, il panorama dell’originalismo è assai variegato, ma tale approccio «in tutte le sue versioni muove dall’idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente».

⁶ Alquanto interessanti sono dunque i passaggi testuali di *Roe* in cui si ricostruisce come la tradizione americana abbia per lungo tempo ammesso l’aborto *pre-quickenning* – se ne fa cenno anche nella *dissenting opinion* a *Dobbs* – o come le varie religioni abbiano diversamente impostato il problema dell’interruzione di gravidanza ai primi stadi di sviluppo dell’embrione, o di come, per molto tempo, la massima preoccupazione dei legislatori statunitensi fosse di tutelare la salute delle donne, in un’epoca in cui la medicina (anche ginecologica) era alquanto imprecisa, difettavano gli antisettici e gli antibiotici ancora non erano diffusi.

⁷ È senz’altro certo che l’impostazione originalista non è sinonimo di conservatorismo o reazione (L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022) – ai tempi di Roosevelt venne anzi utilizzata proprio dal campo democratico per contrastare una Corte Suprema che mirava a neutralizzare le politiche del *New Deal* (P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, cit., 289) – è però altrettanto sicuro che, nella recente storia degli *States*, così è prevalentemente accaduto: cfr. C. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2018, 1674.

3. Le aporie dell'originalismo

Le aporie di simili impostazioni teoriche appaiono evidenti.

Innanzitutto, si presenta il problema di stabilire cosa effettivamente vollero tutti i Costituenti americani assunti come un blocco compatto⁸. Quali aspirazioni, quali compromessi e quali riserve mentali condussero i vari componenti dell'Assemblea ad accettare quelle dizioni di principio?

In aggiunta, quale autentica intenzione dovrebbe rilevare? Quella specifica dei Costituenti (al netto di quanto appena precisato), quella di chi ha ratificato il testo, quella dei giuristi che magari suggerirono o cercarono di intendere il senso delle parole utilizzate dai *Framers* avendo forse di mira obiettivi diversi⁹?

Si pensi a taluni esempi italiani: a quali «formazioni sociali», ex art. 2 Cost., pensarono i Costituenti? La laicità non è menzionata in Costituzione, eppure davvero non traspare dalle sue maglie? Come abbiamo potuto aderire alla UE, e sopportare limitazioni di sovranità, in base al “generico” art. 11 Cost.? Neppure la separazione dei poteri è menzionata (ed era una tradizione italiana?) ma non costituisce forse il nerbo dell'intera organizzazione costituzionale tracciata nel 1946-48? Cosa avevano in mente i Padri allorché menzionarono quel concetto assai sfuggente che risponde al nome di “dignità”? E si potrebbe continuare...

Neppure la motivazione di maggioranza di *Dobbs* chiarisce del tutto questo profilo: essa intende sostenere che il XIV Emendamento andrebbe interpretato come lo si intendeva proprio e solo allorché venne alla luce (nel 1868) – ammesso che l'esperimento sia possibile – o come il complesso ordinamento statunitense si atteggiava sul tema dell'aborto già prima di quella data¹⁰? Una realtà che – come precisato *supra* – in *Roe* veniva tratteggiata in modo ben diverso e meno monolitico di quanto non accada oggi in *Dobbs* (nonostante le due corpose Appendici che corredano quest'ultima pronuncia). Che l'intento dei Costituenti americani non fosse in linea con queste idee variamente “archeologiche” lo prova del resto la circostanza che essi hanno consciamente inserito nella Carta espressioni generiche e di principio: queste furono i frutti maturi di una serie di «accordi [solo] parzialmente teorizzati» tra di loro stipulati in quel frangente proprio per giungere alla meta¹¹. Se avessero inteso imporre volontà più nitide e meno sfumate i *Framers* avrebbero di certo trovato le parole idonee allo scopo¹²; avrebbero cioè formulato vere e proprie regole. Espressero invece (prevalentemente) concetti astratti, ossia

⁸ Si v., tra gli altri, G. GEMMA, *Irrealtà di un'intenzione del legislatore storico (e di altre realtà collettive)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 385. Si v. anche la copiosa dottrina citata da C. TRIPODINA, *L'argomento originalista*, cit., 5 del paper. M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e interpretazione vivente*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., 14, nota 3, ritiene invece che, nonostante le difficoltà, sia pur sempre possibile ricavare una «unità d'intenti» di chi ha approvato un testo normativo. Con riguardo al canone ermeneutico dell'intenzione del Costituente cfr. la rassegna dottrinale di L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., 140 ss.

⁹ V., ad esempio, P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 292.

¹⁰ Si sottolinea questo aspetto nella stessa *dissenting opinion* a *Dobbs*.

¹¹ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 80 ss.: tali accordi consentono alle persone di dimostrare reciproco rispetto anche se non pienamente concordi sulle loro applicazioni in concreto.

¹² O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

principi «con un elevato grado di genericità»¹³, non avventurandosi a declinarli in concreto, né specificando le «concezioni dei concetti» utilizzati da chi li aveva formulati¹⁴, anche perché erano certamente molto diverse da testa a testa e volerle precisare avrebbe mandato a monte quanto raggiunto. Rimangono le coordinate di una (un po’) meno “estrema” versione dell’originalismo, ossia del cosiddetto *original public meaning*. Compito dell’interprete sarebbe dunque di ricostruire come la società del tempo abbia effettivamente inteso le parole incluse nella Carta. Si tratterebbe dunque (e ancora) di un’indagine storica – non affrontiamo il problema (tutto da definire) se compito del giurista sia di indossare le vesti dello storico... – avente, però, un ben diverso scopo: per svolgerlo l’interprete dovrebbe usare le più varie fonti dell’epoca: giornalistiche, giuridiche, scientifiche, pubblicistiche ecc. Quel significato così fatto distillare dalla “botte” costituzionale dovrebbe poi ritenersi pietrificato e vincolante per tutti.

Ma anche quest’approccio non convince¹⁵.

Innanzitutto, per alcune ragioni di base: occorrerebbe, ad esempio, spiegare come possa ritenersi oggi vincolante il significato attribuito all’epoca alle parole della Carta muovendo da un contesto sociale che escludeva dal proprio orizzonte proprio le donne (oltre che le persone di colore), negando i loro diritti e relegandole all’esterno della dimensione pubblica (e forzandole invece dentro i recinti della casa e della famiglia).

E poi, quale senso attribuire al testo nel caso in cui quella particolare disposizione sia stata in altra epoca (magari più vicina a noi) modificata in tutto o in parte? Oppure quando sia stata affiancata da un Emendamento che l’ha integrata?

Quale punto di vista prendere poi per buono: quello dell’uomo/donna medio/a, del giurista, di una non meglio precisata persona ragionevole, quello dell’utilizzatore dei migliori vocabolari del tempo? Non è dunque casuale se, in passato, la Corte Suprema si era ben guardata dall’esplicitare in modo così stentoreo un approccio ora ritenuto imprescindibile, preferendo approcci decisamente più sfumati¹⁶. *Dobbs* assume invece oggi come pacifico e scontato un utilizzo rigidissimo di quelle coordinate fino a ieri assai contenute.

4. Un originalismo *contra Constitutionem*

Il vero problema – in aggiunta a quelli appena tratteggiati – è però che simili atteggiamenti stravolgono, a ben vedere, la *mission* più tipica e profonda delle Costituzioni. Queste – non a caso – nascono infatti “presbiteri” (secondo la nota e insuperabile formula coniata da Piero Calamandrei): esse sono cioè (per definizione) finalizzate/destinate a durare nel tempo, rispondendo efficacemente alle trasformazioni

¹³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, 546.

¹⁴ O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit. Sul ruolo delle “concezioni dei concetti” nell’interpretazione della Carta v. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 108. Di «schemi concettuali» ragiona analogamente V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, 84 ss.

¹⁵ Molte delle considerazioni che seguono sono tratte ancora da O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

¹⁶ Tra le sentenze recenti in cui la Corte Suprema ha adottato un approccio tipicamente originalista, supportato da cospicui documenti storici, va senz’altro collocata *District of Columbia v. Heller* (2008, in tema di porto d’armi), il cui parere di maggioranza venne steso, non a caso, da Antonin Scalia.

sociali sempre al lavoro perché in grado di adattarsi a fattispecie (anche del tutto) imprevedibili al momento della loro entrata in vigore¹⁷.

Si tratta di una tesi ben nota agli interpreti e a suo tempo sostenuta anche dal *Chief Justice* Marshall, del quale, nel *dissent*, vengono riportate affermazioni paradigmatiche: tra l'altro, egli giustificò la scelta di adottare interpretazioni evolutive della Costituzione ricostruendo proprio il pensiero che fu dei *Framers* (e, dunque basandosi, paradossalmente, sulla stessa dottrina originalista di chi oggi vorrebbe sostenere il contrario)¹⁸.

La conclusione dei tre giudici dissenzienti non fa dunque una piega. I Costituenti americani intendevano consapevolmente predisporre un documento normativo se non perenne, certamente molto longevo: esso venne appositamente concepito per adattarsi ai tempi.

Questo approccio diviene evidentissimo proprio laddove le Costituzioni disciplinano i diritti fondamentali. Anche la Costituzione americana – come tutte le Costituzioni democratiche – non profila dunque nel dettaglio i diritti che enuncia, né potrebbe farlo; li traccia invece in termini generali per agevolare l'adattabilità futura dei loro significati a ciò che verrà. È quanto accade proprio (e anche) con il XIV Emendamento: si tratta di un modo di fare e di pensare che, fin qui, la Corte Suprema ha opportunamente fatto suo¹⁹.

Più utile di un approccio pietrificato dagli ambigui dettami dell'originalismo è appoggiarsi invece – di norma – all'intenzione *oggettiva* ricavabile dalle disposizioni di volta in volta in rilievo, e dunque a ciò che esse concretamente esprimono allorché le si manovrerà per applicarle ai nuovi casi sempre in agguato.

Le Costituzioni vanno quindi interpretate ancorandosi rigorosamente al loro testo ma mai rifiutando di confrontarsi con quanto (anche d'imprevisto) possa comunque rientrare nella portata dei principi in esse ospitati.

Come sostenuto nel *dissent*, la Corte Suprema ha aderito a quest'idea fondante dell'interpretazione costituzionale in numerose sue pronunce: decisioni che hanno fatto epoca e compiuto passi in avanti sul fronte dei diritti²⁰. Un simile approccio interpretativo è dunque già saldamente inseribile nella tradizione americana e nel *modus operandi* della Corte Suprema. Se ne può dunque ora fare a meno come se nulla fosse?

Nel *dissent* si sottolinea perciò che il XIV Emendamento è stato approvato da soli uomini in un frangente storico in cui le donne non godevano del diritto di voto e di numerose altre prerogative. Proprio nel 1868 – anno di nascita dell'Emendamento in discorso – ai primi moti delle femministe americane che rivendicavano i loro diritti, fu “coerentemente” opposto che non erano ancora maturi i tempi in cui le donne avrebbero potuto chiedere precise tutele costituzionali. È dunque quella la prospettiva attraverso la quale leggere, interpretare e applicare oggi le disposizioni incluse nella Carta americana?

¹⁷ Come scrive M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 47 s., le Costituzioni aspirano alla «eternità ordinamentale» e, anche per questo, il loro testo deve essere «sondato – e rispettato – in tutte le sue virtualità di significato».

¹⁸ Su questo profilo v. P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 287.

¹⁹ Questa tesi è ampiamente illustrata nella *dissenting opinion*: quali esempi si citano le sentenze che verranno evocate anche *infra* nel testo, da *Brown* a *Obergefell*.

²⁰ Si v. la nota che precede nonché (*ancora*) *infra* nel testo.

Per la decisione di maggioranza, dunque, «l’orologio della storia sembra essersi fermato alla fine del XIX secolo»²¹.

5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs*

Adottando lo “stile interpretativo” accolto dai giudici di maggioranza di *Dobbs*, è dunque inevitabile che anche altri diritti già riconosciuti dalla Corte Suprema vengano (prima o poi) rimessi in discussione. Essi non potevano infatti essere conosciuti dai *Framers*, non affondavano nella storia e nella tradizione della Nazione allorché sono stati ammessi e sono quindi scaturiti da attenti e misurati processi interpretativi che andrebbero invece rinnegati *from the start*.

Non sorprende dunque che, a tal proposito, mentre l’estensore Alito punti a rassicurare il pubblico – non disdegnando d’invocare un suo (tutto da provare) «*Scout’s honor*» – l’estremista giudice Thomas ne approfitti per esprimere ben altro avviso.

Si può proporre già un primo elenco di tali diritti in bilico, muovendo proprio da quanto scrive Thomas nella sua *concurring opinion* e aggiungendone anche qualcuno in più: il diritto delle coppie sposate a utilizzare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 1965); lo stesso diritto per chi non è coniugato (*Eisenstadt v. Baird* del 1972); il diritto a non essere perseguiti allorché si praticino rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 2003); il diritto a sposare cittadine o cittadini di altra provenienza etnica (*Loving v. Virginia*, 1967); il diritto a non essere sterilizzati senza un esplicito consenso (*Skinner v. Oklahoma*, 1942); il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 2015) e a rifiutare/interrompere le terapie anche salvavita per i pazienti in stato vegetativo (*Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 1990).

A stare con il fiato sospeso non è quindi solo il diritto delle donne in gravidanza a optare per l’aborto – già demolito da *Dobbs* – ma, in realtà, i diritti di tutti.

I diritti delle donne, come avviene spesso, identificano solo il “campo di sperimentazione” di un cambio di strategia che, però, intende procedere ben oltre.

Dobbs ribalta quindi la convinzione per la quale il diritto di autodeterminarsi con riguardo ad aspetti essenziali relativi al proprio corpo, alla propria salute fisica o psicologica e alla propria esistenza presente e futura compete ai diretti interessati e non già al capriccio degli Stati. Questi ultimi vengono ora legittimati da *Scotus* a entrare a piè pari nella sfera privata e intima di uomini e donne²².

6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente

La sentenza *Dobbs* non è dunque per niente “neutrale”, posto che lascerebbe la palla nel campo d’azione dei singoli Stati²³, come si afferma nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh²⁴.

²¹ A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di Roe v. Wade*, in *Foro it.*, 2022, pt. IV, 439 s.

²² Come rileva C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell’originalismo*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022, *Dobbs* oscura «le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi».

²³ Come affermano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 374, «la Corte che sconfessa *Roe* non è neutrale», rinnegando un diritto che, per quasi cinquant’anni, ha goduto del suo stesso appoggio.

²⁴ A sostegno di questa tesi si v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.

È vero l'esatto contrario: questa pronuncia afferma che, per la Costituzione americana, sono gli Stati a poter decidere come credono e vorranno del corpo delle donne in gravidanza, persino annullandone *in toto* l'autodeterminazione pur se in presenza – ad esempio – di stupro, incesto, malattie mortali del feto, inefficacia dei contraccettivi utilizzati, situazioni economiche disperate, forse persino ove sia in gioco la loro vita e la loro salute²⁵.

E anche se molti Stati non dovessero giungere a tanto, sul capo delle donne continuerebbe a incombere questo rischio, attualizzato magari da un nuovo governatore e da nuove maggioranze reazionarie oggi in grande spolvero.

Si viene così a demolire, con una sufficienza troppo smaccata, un diritto che aveva ormai quasi cinquant'anni di vita, si era radicato nel sociale e nella mente delle persone, era stato progressivamente calibrato (e persino assai limitato) dalla stessa Corte e dai legislatori statali, aveva ricevuto le riconferme e le applicazioni giurisprudenziali puntualmente richiamate nel *dissent*. Un diritto che aveva ormai dato luogo a un ragionevole affidamento in capo alle donne: convinte che vi avrebbero potuto far ricorso in casi di mancato funzionamento dei metodi contraccettivi o a seguito di vicende molto più drammatiche²⁶. Non tutti, certo, ne approvavano l'esercizio – ma lo stesso vale per pressoché tutti i nuovi diritti – ma a nessuno era imposto di esercitarlo: ora il quadro d'insieme muta radicalmente.

La Corte rifiuta insomma ogni bilanciamento e procede per la sua strada alquanto angusta. Negando che cinquant'anni siano sufficienti per insediare una tradizione o cambiare la storia di parole pronunciate nel 1868 e rifiutando di riconoscere che è nella sua tradizione interpretare evolutivamente la stessa Carta.

In *Roe*, invece, la Corte aveva impostato i bilanciamenti opportuni per risolvere il caso e il tema: stabiliva quindi che lo Stato poteva proibire l'aborto solo dopo la *viability* del feto, graduando l'autodeterminazione della gestante per trimestre di gravidanza e facendo salvi, negli ultimi novanta giorni, i soli casi in cui fosse davvero a rischio la vita o la salute della madre: quelli erano i punti di equilibrio individuati tra i diritti confliggenti (corretti o sbagliati che fossero)²⁷. Con *Casey* si corresse poi proprio quel bilanciamento, rivedendolo in non poche pieghe: ribadendo il diritto all'autodeterminazione fino alla *viability* ma predisponendo un principio nuovo, il cosiddetto "*undue burden test*". Vi si affermava che le limitazioni eventualmente introdotte dagli Stati, per essere legittime, non dovevano comunque comportare un onere eccessivo per le donne in gravidanza, negandosi cioè quanto formalmente si garantiva: quella correzione generò altra giurisprudenza e altra legislazione (alquanto) restrittiva²⁸. *Gonzalez v. Carhart* (2007) aggiunse poi un altro divieto, proibendo *erga omnes* una particolare tecnica medico-

²⁵ La decisione pone perciò una tutela già ampiamente riconosciuta (da lungo tempo) al di fuori della Costituzione: C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

²⁶ Aspetti e implicazioni che, in altre pronunce, la *Supreme Court* ha opportunamente valorizzato: si v., al proposito, proprio la sentenza *Casey*: C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 89.

²⁷ Sul fatto che *Roe* abbia decisamente bilanciato i principi disponibili mentre *Dobbs* rifiuti questo approccio v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

²⁸ Si v. la motivazione di maggioranza, a p. 54 della sentenza. V. però anche il *dissent* e la serie ragionata di pronunce proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovette*, cit., 21 ss.

chirurgica di aborto tardivo e terapeutico²⁹. Usando peraltro toni che a molti commentatori parvero decisamente paternalistici.

Con *Dobbs* si annulla dunque lo *stare decisis*, ed è – come scritto nel *dissent* – la prima occasione in cui ciò accade per arretrare e non già avanzare sul terreno dei diritti³⁰. È dunque quasi offensivo che, per giustificare questo ribaltamento, Alito invochi la già menzionata decisione *Brown*, la quale eliminò la segregazione scolastica delle persone di colore, salvata invece, anni prima, con la sentenza *Plessy*: paragonare espressamente *Roe* proprio a *Plessy* è a dir poco ingiurioso.

E che esistessero poi i requisiti via via elaborati dalla giurisprudenza americana per giungere a un tale approdo – in un ordinamento che su quel principio si fonda – è ancora tutto da dimostrare³¹: nel *dissent* si replica perciò punto per punto, e con indubbia efficacia, a quanto affermato nell’opinione di maggioranza.

Sia chiaro, la maggioranza poteva certo decidere di ritoccare quei precedenti e il bilanciamento in essi stabilito, limandone alcuni aspetti. È quanto già ampiamente avvenuto con le citate sentenze *Casey* e *Gonzales* tra le altre. Ha invece preferito un’altra strada, decisamente più radicale, suscitando anche la presa di distanza del *Chief Justice* Roberts: egli ha però votato a favore del dispositivo, pur affermando che la questione sul tappeto – generata dalla legge del Mississippi – non avrebbe richiesto di spingersi così in là, violando – di fatto – il principio del *judicial restraint*.

7. Una Corte “politica”?

L’esito infine prescelto consente però di mettere a nudo la visione tutta politica sottesa a questa pronuncia. L’originalismo vi appare, di fatto, solo come lo «stratagemma retorico-persuasivo funzionale» all’obiettivo³². Uno strumento via via affinato nel corso tempo e ora praticato a largo raggio facendo perno sul paziente, progressivo inserimento presso gli scranni della Corte – da parte dei Presidenti repubblicani a partire almeno da Nixon – di giudici alquanto giovani, conservatori quando non reazionari, molto vicini a determinate sensibilità religiose, convinti assertori dell’*old* o del *new originalism*. L’apoteosi di una simile strategia di occupazione si è raggiunta proprio con il Presidente filogolpista Donald Trump, il quale ha avuto la ventura di scegliere ben tre giudici dal profilo inequivocabile.

La conferma di un simile intento politico è del resto confermato dalla circostanza per la quale, a quanto risulta, almeno tre dei giudici che si sono espressi in *Dobbs* – quelli appena evocati – avevano

²⁹ Per questo venne fortemente criticata nel *dissent* di Ruth Bader Ginsburg, che vi intravide la premessa per una futura demolizione di *Roe*: lo ricorda A. SPERTI, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2022, 26.

³⁰ Come avvenne, ad esempio, nella celebre (e più volte citata in *Dobbs*) sentenza *Brown v. Board of Education*, che, nel 1954, eliminò la segregazione scolastica (prima giustificata dalla stessa Corte Suprema nella sentenza *Plessy*); lo stesso vale per la sentenza *Obergefell*, sul matrimonio tra persone del medesimo sesso. Anche gli esempi proposti nella *concurring opinion* di Kavanaugh – strumentalmente utilizzati per dimostrare che tutti i giudici che hanno fatto (e fanno) parte della Corte Suprema hanno praticato l’*overruling* – confermano però questo assunto: il tentativo di giustificare l’attuale regresso nel campo dei diritti produce, pertanto, un evidente effetto distopico.

³¹ V., per tutti, A. PALMIERI, R. PARDOLES, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 441..

³² C. CARUSO, *Originalismo e politica*, cit.

affermato, sotto giuramento e al cospetto dei senatori chiamati a dare il *consent* – che mai avrebbero demolito *Roe*³³: hanno evidentemente spergiurato.

Il primo effetto di *Dobbs* è però (e soprattutto) la delegittimazione della Corte Suprema, nonché della sua giurisprudenza, perché ormai inaffidabile, preda della parte repubblicana più retriva e del tutto in linea con scelte reazionarie che non si fermano nemmeno davanti a un corposo *stare decisis* ormai immerso nel tessuto della società americana (e nella vita di chi la anima).

C'è da star certi che non finirà qui: non solo a seguito dell'“invito a Corte” del giudice Thomas, ma perché *Scotus* è alacremente all'opera e già se ne vedono alcuni effetti: perfettamente compatibili con *Dobbs*, ovviamente³⁴.

³³ L'ha messo polemicamente in rilievo Alexandria Ocasio-Cortez, componente democratica del Congresso USA (v. *la Repubblica* del 26 giugno 2022).

³⁴ Valga ciò per la sentenza *New York State rifle & pistols Association Inc. et al. v. Bruen* (23 giugno 2022), la quale boccia la legislazione dello Stato di New York che aveva pur timidamente limitato il diritto a portare armi in privato e in pubblico; *Kennedy v. Bremerton School Dist.* (27 giugno 2022) si esprime a favore dell'ostentata preghiera praticata di un allenatore a metà campo dopo gli incontri sportivi svolti in una Università pubblica; in *West Virginia v. EPA* (30 giugno 2022), privandosi quest'ultimo ente del potere di limitare le emissioni di anidride carbonica, si prelude alla futura demolizione di altre organizzazioni indipendenti di tal tipo, favorendosi di risulta le sole decisioni statali in materia.

Sentenza *Dobbs* e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana

Pietro Insolera*

THE DOBBS RULING AND SURROUNDINGS. PESSIMISTIC NOTES ON THE PROBLEMATIC “DIRECTION” TAKEN BY THE CURRENT UNITED STATES SUPREME COURT’S MAJORITY

ABSTRACT: Starting from the recent *Dobbs* ruling, in which the U.S. Supreme Court overruled *Roe v. Wade*, the 1973 landmark decision which affirmed the federal constitutional right to abortion under the substantive component of the XIV Amendment due process clause, as well as from a number of other recent U.S. Supreme Court’s rulings on fundamental rights, the essay makes a critical overall reflection on the originalist methodological approach adopted by the current majority of the Supreme Court. Reasoning on the overall evolution of the historical, political and ideological context that has led to such recent outcomes, one wonders what could be the future jurisprudential development in various jurisprudential areas, potentially leading to other sea changes in established judicial doctrines – especially through the discard of settled multifactor balancing tests in favour of more rigid text/history/tradition based tests – mainly in a direction of lowering the standard of protection of fundamental rights. The article also reflects on the possible negative consequences on the institutional legitimacy of the Supreme Court resulting from the excessive politicisation of its work, which have already taken place in light of the swift and strong conservative turn, in particular after *Dobbs*.

KEYWORDS: United States Supreme Court; substantive due process and right to abortion; constitutional interpretation; conservative legal movement; originalism/living constitutionalism

ABSTRACT: Prendendo le mosse dalla recente sentenza *Dobbs*, con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha annullato *Roe v. Wade*, la storica decisione del 1973 che affermava il diritto costituzionale federale all’aborto in base alla componente sostanziale della clausola del *due process* del XIV Emendamento, e da una serie di altre recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sui diritti fondamentali, il saggio sviluppa una riflessione critica complessiva sull’approccio metodologico originalista adottato dall’attuale maggioranza della Corte Suprema. Ragionando sull’evoluzione complessiva del contesto storico, politico e ideologico che ha portato a questi recenti

* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l’Università degli Studi del Sannio – Benevento. Mail: pietroinsolera@gmail.com. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

risultati, ci si chiede quali potrebbero essere i futuri sviluppi in varie aree giurisprudenziali, potenzialmente in grado di portare ad altri cambiamenti radicali nelle dottrine giudiziarie consolidate – in particolare attraverso l’abbandono dei consolidati test di bilanciamento multifattoriale a favore di test più rigidi basati su testo/storia/tradizione – prevalentemente in direzione di un abbassamento dello standard di protezione dei diritti fondamentali. L’articolo riflette anche sulle possibili conseguenze negative sulla legittimazione istituzionale della Corte Suprema derivanti dall’eccessiva politicizzazione del suo lavoro, che hanno già avuto luogo alla luce della rapida e netta svolta conservatrice, in particolare dopo *Dobbs*.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti d’America; *due process* sostanziale e diritto all’aborto; interpretazione costituzionale; movimento giuridico conservatore; originalismo/*living constitutionalism*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata? – 2.1. La “riemersione” del cd. *History Test* – 2.2. *Liberty together with Equality?* – 2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale? – 2.4. Una Costituzione neutrale? – 2.5. *Stare decisis* costituzionale – 2.6. Delegittimazione della Corte – 3. I problemi istituzionali-strutturali, l’antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement* – 4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em – 5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull’avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema – 6. *Rule of Law* o *Rule of Five?* – 7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense – 8. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Le note che seguono, senza velleità di analizzare la discussa sentenza in materia di diritto all’aborto recentemente emessa dalla Corte Suprema degli U.S.A.¹, intendono offrire alcuni spunti di riflessione generale relativi a due aspetti.

Anzitutto, il forte “segnale” che tale pronuncia – considerata anche unitamente ad altre sentenze dell’*October Term 2021* – potrebbe rappresentare per la direzione futura della giurisprudenza costituzionale americana in materia di diritti fondamentali della persona. In secondo luogo, le ripercus-

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), estensore Alito (condivisa da Thomas, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett, nel solo dispositivo dal Presidente Roberts, opinione dissenziente estesa congiuntamente da Breyer, Sotomayor, Kagan), che ha confermato la legittimità costituzionale di una disposizione statale del Mississippi che vieta tutti gli aborti dopo la quindicesima settimana di gravidanza, prevedendo eccezioni per le emergenze mediche e per i casi di “grave anomalia fetale”, ma non per i casi di stupro o incesto, e sancito, per quel che più rileva, l’*overruling* delle celebri sentenze *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che avevano, rispettivamente, affermato e confermato, pur limitandola, la protezione costituzionale federale del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza della donna prima della cd. *fetal viability* (possibilità autonoma di sopravvivenza del nascituro fuori dal grembo materno), in forza della componente sostanziale riconducibile alla *liberty* della *due process clause* del XIV Em.

sioni sulla legittimazione istituzionale dell'organo, determinate da una decisione "generazionale", di nettissima rottura rispetto alla giurisprudenza precedente.

2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata?

Come detto, non è scopo di questo scritto svolgere un'analisi esaustiva della complessa tematica dell'aborto e della sentenza *Dobbs*. Si vuole piuttosto sviluppare una riflessione critica che collochi tale decisione nel più ampio contesto di diverse tendenze giurisprudenziali emerse negli ultimi anni in materia di diritti della persona, in particolare dopo la costituzione di una super-maggioranza di orientamento conservatore, in seguito all'avvicendamento del giudice Kennedy con Kavanaugh (2018) e del giudice Ginsburg con Barrett (2020). A tal fine, può essere dunque utile, in via preliminare e sintetica, illustrare i motivi principali per cui la valutazione della sentenza che ha disposto l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* non può che essere critica² da parte di chi scrive, anticipando peraltro alcune argomentazioni svolte nel proseguo; ciò anche per tentare di scongiurare l'impressione che le presenti riflessioni siano dettate più da un aprioristico disaccordo ideologico, che non da una argomentata analisi giuridica.

2.1. La "riemersione" del cd. *History Test*

Anzitutto, il ragionamento della maggioranza pare inficiato da un errore metodologico di fondo. L'*opinion* del giudice Alito si discosta senza alcuna plausibile giustificazione dalla metodologia di *constitutional adjudication* consolidata in materia di cd. *unenumerated rights* da oltre cinquant'anni nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense (e che, invero, affonda le sue radici in tempi e decisioni ben più risalenti)³. Viene in altri termini abbandonato l'approccio fino ad oggi prevalente alla definizione normativa del significato e della portata dei diritti fondamentali rientranti nello spettro di

² Tra le molte valutazioni negative della sentenza, nella dottrina americana di orientamento *liberal*, cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, in *The New York Review of Books*, September 22, 2022 issue; E. CHERMERINSKY, *Erwin Chemerinsky commentary: Ending Roe is a pure exercise of Republican power*, <https://www.wctrib.com/opinion/columns/erwin-chemerinsky-commentary-ending-roe-is-a-pure-exercise-of-republican-power>, 28 giugno 2022; J.E. FLEMING, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: "The Roar of a Wave that Could Drown the Whole World"*, https://www.bu.edu/law/files/2022/07/Fleming_Selected-articles-on-Dobbs-for-Const-Day-Program-Sept.-15-and-Discussion-Sept.-16.pdf, 10 luglio 2022; B. MEYLER, *Dobbs and the Supreme Court's Wrong Turn on Constitutional Rights*, <https://law.stanford.edu/2022/06/27/dobbs-and-the-supreme-courts-wrong-turn-on-constitutional-rights/>, 27 giugno 2022. Nella letteratura italiana, cfr. riferimenti *infra* nota 39.

³ Il riferimento è al cd. *Modern substantive due process*, il cui inizio convenzionalmente si suole individuare nella sentenza *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), che sancì l'incostituzionalità di una disposizione che criminalizzava l'utilizzo di metodi anticoncezionali da parte delle coppie sposate (pur, come noto, con un *reasoning* parzialmente diverso fondato sulle "penombre" ed "emanazioni" di altri Emendamenti posti a tutela di diritti della persona, ritenuti in grado di dare sostanza e fondamento costituzionale al diritto implicito di *privacy*, cfr. *infra* § 6, nota 97). Per un'applicazione più risalente della stessa dottrina di garanzia tramite l'invalidazione di discipline statali che invadevano irragionevolmente la vita familiare, ed in specie le scelte dei genitori nel percorso educativo dei figli, proibendo, sotto sanzione penale, rispettivamente, l'insegnamento della lingua tedesca e la possibilità di frequentare scuole private, cfr. p. e. i *seminal cases*: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

protezione sostanziale della *liberty* nella *due process clause* del XIV Em.⁴, che ha generato il riconoscimento in numerosi precedenti di diritti riconducibili a sfere di autonomia e autodeterminazione dell'individuo, necessariamente sottratte all'ingerenza della azione dei pubblici poteri (e, perciò, alla piena disponibilità delle maggioranze politiche), in ambiti quali l'integrità corporea e le scelte più personali e intime, che determinano l'identità e il destino di ogni persona e del suo nucleo familiare⁵. Fino alla sentenza *Dobbs*, la complessa opera di ricostruzione del contenuto e della portata delle libertà fondamentali protette dalla clausola del *due process* sostanziale non è mai stata limitata soltanto ai riferimenti testuali precisi degli emendamenti nella Dichiarazione dei Diritti⁶ o alla tradizione

⁴ Dispone la *Section 1* del XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «*Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [due process of law]; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi*». Come è noto, oltre a prevedere garanzie di natura procedurale, la clausola del *due process*, secondo la consolidata (ma non incontroversa) giurisprudenza della Suprema Corte, offre una protezione di natura sostanziale ai diritti fondamentali dell'individuo a fronte di leggi arbitrarie o irrazionali rispetto allo scopo perseguito. Sulla vastissima letteratura relativa al c.d. *substantive due process* ed alle complesse questioni che esso storicamente solleva, limitandoci ad alcuni riferimenti in lingua italiana, si v. p.e. C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, spec. 190 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, 149-175; P. PASSAGLIA, *I diritti e le libertà fondamentali*, in AA. VV., G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 2020, 247 ss., 273-276; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, C. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 114-15, 117-18.

⁵ Oltre alle decisioni in materia di aborto ed alle sentenze *Meyer*, *Pierce* e *Griswold* citate, si considerino p.e., precedentemente alla decisione *Roe: Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (diritto di sposare una persona di razza differente); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) (diritto di acquistare e utilizzare contraccettivi anche per persone non sposate); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942) (diritto a non essere sterilizzati senza consenso); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe). Decisioni emesse nel periodo tra *Roe* e *Casey: Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977) (diritto dei minori di anni 16 a ricevere pubblicità su strumenti anticoncezionali); *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985), *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) (diritto di sposarsi per i detenuti); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) (diritto di risiedere con i parenti). Dopo la decisione *Casey: Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (diritto di intrattenere rapporti sessuali in privato tra persone dello stesso sesso), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (diritto di sposare persone dello stesso sesso). Per una ampia e argomentata difesa di questa *judicial doctrine* v. da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties. A defense of Substantive Due Process*, London-Chicago, 2022, spec. 19-69. Il volume, pubblicato prima della sentenza *Dobbs*, è discusso nel blog *Balkinization*, con interventi di C.A. BALL, D. NEJAIME, R. SIEGEL, I. WURMAN, S. MAYERI, C. KAVENY, S. LEVINSON, G. KRISHNAMURTHI, A. AHMED, nonché, in chiusura del simposio, dello stesso A.

⁶ Questo è piuttosto il *contenuto minimo* di protezione della clausola, nel senso che l'applicabilità dei diritti fondamentali espressamente previsti nei primi dieci Emendamenti è stata estesa anche alle azioni dei governi statali e locali (oltre, come in origine previsto, a quella del governo federale) attraverso il processo di cd. *incorporation* tramite la *due process clause* del XIV em., v. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della cd. *Total incorporation* e la cd. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale, tra gli altri, M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 280 ss. Come noto, la dottrina della cd. *selective incorporation* fu enunciata compiutamente dal giudice Cardozo, che, nel ca-

storica e giuridica di protezione di un determinato diritto all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868), ricostruita al massimo livello di specificità possibile, ma presupponeva necessariamente un *collegamento sistematico* tra diversi diritti e sfere di protezione, da sviluppare attraverso un "giudizio ragionato" e di stampo casistico, proprio della cultura giuridica di *common law*⁷. Attraverso l'applicazione di quello che è stato definito il metodo del cd. *rational continuum of ordered liberty* o *reasoned judgment*, espresso per la prima volta con memorabile eloquenza dal secondo giudice Harlan⁸ (e riaffermato con fermezza nella decisione *Casey*⁹, nonché alla base di successive *landmark decisions* come *Lawrence* e *Obergefell* sui diritti degli omosessuali), la libertà della *due process clause* deve interpretarsi come principio operante ad un *elevato livello di generalità-astrattezza*, ed essere riempito di significato tramite un *moral reading*, una interpretazione evolutiva per valori,

so *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-26 (1937), delineò i caratteri dei diritti applicabili nei confronti dei governi statali: «*the process of absorption [...] [applied to rights where] neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed [...] principles of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental*» e «*implicit in the concept of ordered liberty*».

⁷ Sul cd. *common law constitutionalism* si v. l'importante contributo di G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, sui temi qui trattati, anche per approfondimenti storici e comparatistici, in pt. 112-118, 120-123, 137-164.

⁸ *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 541 (1961) (Harlan, J., dissenting from dismissal on jurisdictional grounds), oggetto di impugnazione era la medesima disposizione che sarebbe stata successivamente invalidata in *Griswold*, che la maggioranza ritenne però di non vagliare nel merito per vizi procedurali. Sulla grande influenza del *dissent* nella giurisprudenza successiva e nella cultura costituzionale statunitense, v. M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss.; H.J. POWELL, *John Marshall Harlan and Constitutional Adjudication: An Anniversary Rehearing*, in *Belmont Law Review*, 2021, 62 ss., spec. 67 ss., 86 ss.; J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 30-31, e, per una ricostruzione della giurisprudenza sui diritti non enumerati dalla pronuncia *Casey* in avanti in termini di sostanziale continuità con questa metodologia, *ibidem*, 39-42. Su quest'ultimo aspetto, sia permesso altresì il rinvio a P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2020, 97 ss., 124 ss., 126-129, 135-36.

⁹ Cfr. *Casey*, opinione della Corte, 848-850. Si noti che la stessa sentenza *Roe*, 152-53, pur tramite un *reasoning* non particolarmente rigoroso né attento al dato testuale costituzionale, senza recepire la metodologia enucleata dal secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman* e non escludendo che un diritto di *privacy* sufficientemente ampio da includere il diritto di scegliere della donna, entro certi limiti, l'interruzione della gravidanza potesse trovare fondamento nel IX Em. («*L'interpretazione di alcuni diritti previsti dalla Costituzione non potrà avvenire in modo tale da negare o disconoscere altri diritti goduti dai cittadini*») o nella "penombra" di altri Emendamenti (I, IV, V), in definitiva collocava tale diritto esattamente nella componente sostanziale della *due process* del XIV Em. Riceveva invece direttamente il metodo del *rational continuum of ordered liberty* sviluppato da Harlan II, ad esempio, l'opinione concorrente in *Roe* del giudice Potter Stewart, 167-171. Justice Stewart, come Harlan II, era stato spesso in dissenso nelle decisioni più attiviste della Corte Warren (1953-69). Egli, analogamente ad altri *Justices* di nomina repubblicana – non certamente ardenti *liberal* – che hanno aderito alla dottrina del *due process* sostanziale, riconducendovi un (bilanciabile) diritto all'aborto (p. e. Powell, O'Connor, Souter) ha sviluppato una *jurisprudence* contraddistinta dal *restraint*, dalla ricerca del compromesso, dalla tendenza a decidere quanto strettamente necessario per risolvere il caso oggetto di giudizio, senza spingersi oltre (favore per il cd. *narrow ruling* o *Judicial minimalism*), prediligendo lo sviluppo incrementalistico e graduale del diritto (cfr. B.W. HEINEMAN, *Great Judge, Great Justice*, <https://wapo.st/40s87sN>, 11 dicembre 1985). Si tratta di giuristi privi di una ben definita *judicial philosophy*, caratterizzati da un approccio metodologicamente pluralista, casistico-pragmatico, antidogmatico, proprio della tradizione di *common law*, con la preoccupazione centrale di rispettare il principio dello *stare decisis*, per preservare i sottesi valori di certezza, stabilità dei rapporti, prevedibilità, uniformità e affidamento.

sottoposti a *bilanciamenti flessibili* con i legittimi contro-interessi pubblici rilevanti¹⁰, consentendo ai giudici supremi mediante ragionamento analogico di espandere gli ambiti di protezione sostanziale della persona di caso in caso, conformemente alle evoluzioni e ai progressi sociali in atto. Giudici che sono certamente limitati e orientati in questo difficile compito dalla storia e dalla *tradizione giuridica*¹¹ nell'esercizio della loro ampia discrezionalità (che non può diventare soggettiva arbitrarità), ma non mai *vincolati rigidamente* alle prescrizioni normative del passato, che non sono dunque dispositive o dirimenti (piuttosto, rappresentano un mero punto di partenza, ancorché essenziale, nell'analisi costituzionale).

I precedenti *Roe* e *Casey* hanno operato in questo modo: sono stati costruiti mediante l'espansione analogica del contenuto di protezione precedentemente affermato nelle decisioni sul diritto al controllo della sfera riproduttiva della donna, sposata o meno (accesso agli e uso degli anticoncezionali)¹², le quali a loro volta originavano dal previo riconoscimento dei diritti di autodeterminazione nell'ambito familiare (matrimonio¹³, scelte nell'educazione dei figli¹⁴), nonché della tutela rispetto a

¹⁰ Contrariamente a quanto si afferma nella sentenza *Dobbs*, in base al *case law* consolidato non è affatto automatico che le azioni dei pubblici poteri limitative dell'esercizio di un diritto non enumerato che non sia profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione debbano superare soltanto un test minimale di razionalità per essere giudicate costituzionali. All'opposto, come è stato sottolineato (p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 50 ss.; 68-69; J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process*, in *Journal of Constitutional Law*, 2018, 983 ss., 996-998), le misure incidenti su tali diritti impliciti sono state storicamente sottoposte a tipologie di scrutinio complesse e variabili, a forme di bilanciamento tra diritti individuali e interessi statali flessibili e differenziate, in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito dei test di proporzionalità tra raggiungimento dello scopo legittimo perseguito dalle misure e loro impatto sui diritti individuali, diffusi nelle giurisdizioni europee e sovranazionali. Il cd. *undue burden standard* elaborato in *Casey* per vagliare le limitazioni al diritto all'aborto funzionali a meglio proteggere il contro-interesse della tutela della vita prenatale prima della cd. *viability* (superando il più incisivo *strict scrutiny* imposto da *Roe*) rientra in questa eterogenea categoria, così come il cd. *rational basis test with bite* applicato per invalidare la fattispecie che criminalizzava i rapporti omosessuali in privato in *Lawrence* e molte altre forme di cd. *intermediate* o *heightened scrutiny* sul fondamento giustificativo delle leggi rispetto agli scopi perseguiti, rinvenibili p.e. nei succitati casi *Griswold*, *Obergeffell*, *Meyer*, *Pierce*. Come osservano i dissenzienti, l'adozione di un test rigido basato esclusivamente su storia e tradizione sembra implicare il rifiuto dell'idea stessa di bilanciamento giudiziale degli interessi confliggenti nel settore della regolamentazione dell'aborto, o forse in ogni altro contesto costituzionale (11-12, nota 1). Sul sistema dei cd. *tiers of review* nella giustizia costituzionale americana, v. *funditus infra* § 6, nota 102.

¹¹ Tradizione intesa però in senso necessariamente dinamico-evolutivo, e non misurata staticamente e rigidamente con esclusivo riferimento all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868). Nelle parole del secondo giudice Harlan: «*Il due process non è stato ridotto ad alcuna formula; il suo contenuto non può essere determinato con riferimento ad alcun codice. Il meglio che si possa dire è che nel corso delle decisioni di questa Corte ha rappresentato l'equilibrio che la nostra nazione, costruita su postulati di rispetto per la libertà dell'individuo, ha trovato tra questa libertà e le esigenze della società organizzata. Se l'attribuzione di contenuto a questo concetto costituzionale è stato necessariamente un processo razionale, di certo non è stato un processo in cui i giudici si sono sentiti liberi di vagare dove la speculazione non guidata li avrebbe portati. L'equilibrio di cui parlo è l'equilibrio raggiunto da questo Paese, tenendo conto di quelle che la storia insegna essere le tradizioni da cui si è sviluppato, nonché di quelle da cui si è distaccato. Questa tradizione è vivente. Una decisione di questa Corte che si discosti radicalmente da essa non potrebbe sopravvivere a lungo, mentre una decisione che si basa su ciò che è sopravvissuto è probabile che sia solida. Nessuna formula potrebbe sostituire, in questo campo, il giudizio e la moderazione*». Cfr. *Poe v. Ullman*, 367 U.S., 542. Si v. anche *infra* nel testo § 6, nota 97.

¹² Sentenze *Griswold*; *Eisenstadt*.

¹³ Sentenza *Loving*.

trattamenti tali da invadere la sfera intangibile dell'integrità del corpo (si pensi ad una gravidanza forzata). A loro volta, *Roe* e *Casey*, grazie alla loro forza generativa sul piano normativo, hanno costituito, in linea di coerenza logica, linfa vitale per le successive affermazioni giudiziali di ulteriori nuovi diritti ricavati per analogia: si pensi al diritto all'intimità in privato garantito agli omosessuali in *Lawrence*, poi sviluppatosi nel diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso in *Obergefell*.

La maggioranza in *Dobbs* sostituisce questa metodologia sedimentata con qualcosa di profondamente diverso, e, in definitiva, inconciliabile¹⁵.

Basandosi su affermazioni ricorrenti in pronunce riconducibili alla cd. *Incorporation* dei diritti fondamentali del *Bill of Rights* agli stati (originariamente tale da limitare solo l'azione del governo federale) e, soprattutto, sul precedente *Washington v. Glucksberg*, con il quale si affermò la costituzionalità di una legge dell'Oregon che sanzionava penalmente il suicidio medicalmente assistito dei malati terminali, la maggioranza asserisce che la metodologia corretta e consolidata per identificare le libertà fondamentali presidiate dal *due process* è *esclusivamente* ancorata alla e dipendente dalla storia e dalla tradizione giuridica. Queste ultime, per assicurare oggettività e limitare al massimo la discrezionalità giudiziale, debbono essere intese in termini *restrittivi*, quasi positivisticamente (si direbbe una sorta di Costituzione-codice) quali *concrete historical practices* configurate al massimo livello di specificità possibile¹⁶ (dunque, in sostanza, le fonti di *common law* rilevanti nella disciplina dell'aborto, ma soprattutto la *statutory law* statale vigente in materia al momento della ratifica del XIV Em., 1868). Ricostruito in tal modo lo standard di giudizio, la maggioranza applica tale cd. *history test* (ripetiamo, in precedenza minoritario, e finanche espressamente ripudiato, in giurisprudenza¹⁷), verifica che nel

¹⁴ Sentenze *Meyer*; *Pierce*.

¹⁵ Cfr. *Dobbs*, 14 ss., 25, 35-36.

¹⁶ A giudizio della maggioranza, soltanto i diritti «*implicit in the concept of ordered liberty*» e «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*» considerate al momento della ratifica del XIV Em. possono trovare tutela nella *liberty* della *due process clause*, da identificare, secondo le seguenti rigide coordinate ermeneutiche: «*Il metodo consolidato dell'analisi del substantive due process ha due caratteristiche principali: in primo luogo, noi abbiamo osservato regolarmente che la clausola del due process protegge quei diritti fondamentali e quelle libertà che sono oggettivamente "radicate profondamente nella storia e nella tradizione di questa nazione" e "implicite nel concetto di libertà ordinata", così che "non esisterebbero né libertà né giustizia se esse venissero sacrificate" [...] in secondo luogo noi abbiamo richiesto nei casi relativi al substantive due process una "descrizione accurata" dell'interesse di libertà affermato*», cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 720-21, (1997).

¹⁷ Cfr. J. LEPORE, *The History Test. How Should the Courts Use History?*, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2017/03/27/weaponizing-the-past>, 27 marzo 2017. Si v. oltre a *Glucksberg*, le sentenze *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) [overruled da *Lawrence v. Texas*]. Cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 39, 220, secondo cui: «*Glucksberg è la decisione più importante del modern substantive due process soltanto per coloro che si oppongono e desiderano cancellare tale dottrina. Essa ha fornito un metodo di controllo del danno per i giudici conservatori che avversavano tali decisioni ma non disponevano dei voti necessari per annullarle e pertanto si sono dovuti accontentare di limitarne la portata*». Come statuisce la sentenza *Obergefell*, 671, sui matrimoni gay: «*Quandanche l'approccio del caso Glucksberg potesse essere appropriato con riferimento al diritto oggetto di giudizio in quel caso (suicidio medicalmente assistito), esso è incoerente con l'approccio che questa Corte ha utilizzato nel discutere di altri diritti fondamentali, tra cui il matrimonio e l'intimità*». Per una discussione critica della metodologia restrittiva nell'individuazione dei diritti fondamentali non enumerati in questi casi, fino a *Dobbs* minoritaria in giurisprudenza, v. volendo P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, 132 ss., spec. 171-79.

common law l'aborto era tendenzialmente criminalizzato dopo il cd. *quickening* (primo momento in cui il feto si muove), ma specialmente – lo step dirimente nel giudizio – che nel 1868 quasi tutti gli stati dell'Unione criminalizzavano tale pratica (v. appendice all'opinione di maggioranza, 79 ss.), che non può quindi costituire un diritto fondamentale profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione e implicito nel concetto di "libertà ordinata".

Se si abbraccia questa prospettiva (cd. *history test*), *Roe* e *Casey* – come probabilmente tutti gli altri *substantive due process cases* – sono state erroneamente decise e potrebbero dover essere *overruled* (nel caso in cui siano integrati gli ulteriori criteri per disporre il superamento di un precedente costituzionale, come ritiene la maggioranza in *Dobbs*).

Ma qui iniziano i problemi.

Come argomenta il parere contrario¹⁸, è assai difficile espungere i soli precedenti sul diritto all'interruzione della gravidanza senza minare alle fondamenta l'intero edificio concettuale della cd. *modern substantive due process jurisprudence*, con buona pace delle rassicurazioni della decisione della Corte e della *concurring* di Kavanaugh, trattandosi di una *judicial doctrine* organica, unitaria e costruita appunto progressivamente sul collegamento/ampliamento sistematico in via analogica tra sfere di libertà personale intimamente interconnesse tra loro, bilanciate poi con i contro-interessi pubblici legittimi rilevanti. Quanto al profilo di *differenziazione* che caratterizzerebbe il diritto all'aborto¹⁹, rendendolo unico sul piano etico e diverso rispetto agli altri – l'estinzione della vita prenatale²⁰ – anche a voler dare credito di buona fede alla maggioranza (ma l'opinione concorrente di

¹⁸ *Dobbs*, opinione dissenziente, 4-6, 19-20, 21-30.

¹⁹ Può essere utile osservare, in prospettiva storica, che il *rapporto di analogia* tra diritto all'interruzione di gravidanza e altri diritti non enumerati desunti dal *due process* sostanziale relativi alla sfera intima, familiare e dell'integrità corporea è stata già effettuata in passato (da *Roe* nel 1973 in avanti) – ovviamente ad un diverso livello di intensità e secondo variabili considerazioni giuridiche e pragmatiche – da molteplici giudici di nomina repubblicana e democratica, e segnatamente: Douglas, Brennan, Stewart, Marshall, Burger, Blackmun, Powell, Stevens, O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer, Roberts, Sotomayor, Kagan. Tale valutazione di fondo, nel medesimo periodo, non è stata condivisa dai giudici White, Rehnquist, Scalia, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Il mero dato numerico stride con la sentenza *Dobbs* (39), ove si afferma che la dottrina del precedente vincolante: «*limita la judicial hybris e ci ricorda di rispettare il giudizio di coloro che si sono confrontati con importanti questioni nel passato*», citando N. GORSUCH, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, 2019, 217: «*La dottrina del precedente è un modo di accumulare e trasmettere l'apprendimento delle generazioni passate, una fonte di saggezza consolidata più ampia di quella che può essere trovata in qualsivoglia singolo giudice o collegio di giudici*».

²⁰ *Dobbs*, 32, 37. La *ratio distinguendi* rispetto agli altri diritti impliciti addotta a giustificazione dell'*overruling* dalla maggioranza – l'estinzione della vita prenatale – si presta ad alcune critiche, risultando in certa misura "disorientante". Anzitutto, la decisione sembra accogliere una sorta di versione del cd. *Harm principle*, elaborato originariamente da John Stuart Mill e riformulato da Joel Feinberg (v. sul punto C. KAVENY, *The World Turned Upside Down: What's Up with the Harm Principle?*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/10/the-world-turned-upside-down-whats-up.html>, 24 ottobre 2022). Ma la vita prenatale non ha *copertura costituzionale diretta* nel XIV Em. (il feto, pacificamente, in uno stato secolarizzato come la democrazia statunitense, non è, sul piano *normativo costituzionale*, una *persona* che può essere privata della vita). Si tratta piuttosto – al di là delle convinzioni morali e religiose di ciascun cittadino – come si è spiegato, di un «*indirect interest supported by both humanitarian and pragmatic concerns. [...] The State may also have a broader interest in expanding the population, believing society would benefit from the services of additional productive citizens—or that the potential human lives might include the occasional Mozart or Curie. These are the kinds of concerns that comprise the State's interest in potential human life*» (v. *opinion* del giudice Stevens in *Casey*, 914-15; analogamente anche

Thomas, che afferma la necessità di superare l'intera dottrina, induce ad essere scettici), esso non sembra un presidio in grado di garantire un argine effettivo contro futuri *overruling*.

Non foss'altro perché, proprio come l'ampliamento del contenuto di protezione delle previsioni costituzionali ed il connesso riconoscimento di nuovi diritti in sede giudiziale si sviluppa nel futuro in modi e secondo molteplici variabili imprevedibili al momento delle decisioni, parimenti operano la contrazione del significato normativo delle stesse previsioni e l'annullamento (*rectius* de-costituzionalizzazione federale) degli stessi diritti²¹.

In definitiva, l'impostazione radicalmente originalista/tradizionalista adottata in *Dobbs* – priva di solido supporto nel precedente – produce un esito inaccettabile in una liberal-democrazia costituzionale contemporanea moralmente pluralista: rende dispositiva – attraverso la de-costituzionalizzazione e la piena discrezionalità rimessa ai legislatori – oggi, nel 2022, la valutazione normativa sottesa al XIV Em. ratificato nel 1868, quando le donne non erano parte della comunità politica statunitense (il XIX Em., che attribuì il diritto di voto alle donne, fu come noto ratificato nel 1919). Come afferma l'opinione dissenziente, i diritti riproduttivi erano estranei al significato pubblico originario della *due*

l'opinion di Blackmun, 932). Può osservarsi poi che, nella giurisprudenza sui diritti fondamentali americana, argomentazioni (soltanto implicitamente) connesse all'*harm principle* sono state talvolta impiegate in decisioni espansive delle libertà individuali, come *Lawrence*, che censurò la criminalizzazione dei rapporti omosessuali in privato (volendo, v. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 131-135) o *Obergefell* che riconobbe il diritto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche sul presupposto che tali pratiche non determinano alcuna lesione dei diritti altrui. Proprio in questi casi, i giudici dissenzienti di orientamento conservatore (tra i quali Roberts, Alito, Thomas, ancora in carica), accusavano le maggioranze di imporre antidemocraticamente attraverso il *judicial review* una specifica filosofia libertaria basata sull'*harm principle*, tale da mettere in pericolo tutta la legislazione basata su nozioni di moralità tradizionale, paventando "chine scivolose" di liceizzazione di pratiche storicamente sanzionate penalmente (p.e. poligamia, incesto, zoorastia, consumo di stupefacenti, prostituzione), si v. rif. nota 27 *infra*. Per una confutazione di queste statuizioni, v. ora J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 149-170. Si noti quindi l'incoerenza: da un lato (in *Dobbs*) si conferma la legittimità costituzionale delle limitazioni legislative (anche nella forma di sostanziale annullamento) del diritto all'aborto, in ragione della *natura unica* di tale diritto, che diversamente dagli altri comporta la lesione di un contro-interesse (ancorché privo di rilevanza costituzionale); dall'altro, ci si oppone alle censure d'incostituzionalità di disposizioni che senza dubbio limitano delle sfere di libertà (la cui costituzionalizzazione, comunque la si veda, pare quanto meno più plausibile rispetto a quella della *potential life*), agitando lo spettro che dal riconoscimento di tali diritti si giunga a legittimare comportamenti lesivi per i diritti altrui. Implicitamente, in definitiva, pare dunque essere smentito (o quantomeno revocato in dubbio) l'elemento di fondo che, secondo *Dobbs*, distinguerebbe gli altri diritti non enumerati (intimità e matrimonio omosessuali) dall'aborto: l'insussistenza di una lesione dei diritti altrui, con tutte le conseguenze in punto di persuasività del *distinguishing*. In dottrina [C. KAVENY, *The World Turned Upside Down*, cit.], premesso che non è affatto chiaro come il riferimento implicito all'*harm principle* si inserisca coerentemente nella teoria costituzionale e nell'analisi del precedente della maggioranza di *Dobbs* e che, diversamente dalla prospettiva liberale, che tende a conferire una consistenza empiricamente verificabile al *social harm*, «*social conservatives are more inclined to recognize less tangible harms to morals and institutions, such as the losses involved in a broadening set of family structures, particularly order and stability*», si è osservato, rispetto alla possibile de-costituzionalizzazione del *same sex marriage*: «*Justice Alito defends leaving Obergefell untouched because, unlike abortion, the practice of same-sex marriage does not cause harm. But he leaves that claim unsupported by the citation of evidence. Social conservatives would beg to differ. So I began to wonder: Is Justice Alito actually inviting arguments by social conservatives that same-sex marriage has caused harm, so the right to marry someone of the same sex should be rolled back?*».

²¹ *Dobbs*, opinione dissenziente, 27-28.

process clause, semplicemente perché: «*People did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did. So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase "We the People" [...] Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification (except that we may also check it against the Dark Ages), it consigns women to second-class citizenship*» (analoghe considerazioni valgono rispetto agli *statutes* vigenti all'epoca che criminalizzavano l'aborto, emanati da assemblee legislative composte da soli uomini).

2.2. Liberty together with Equality?

Quanto sopra osservato permette di segnalare brevemente quello che ci sembra il secondo vizio principale della sentenza *Dobbs*, collegato all'errore di metodo sopra descritto. L'opinione di maggioranza mostra di non (volere) comprendere²² affatto quanto sia importante il nesso logico-sistematico tra libertà della *due process clause* ed *equal protection clause* del XIV Em., che si rinforzano reciprocamente nel supportare il diritto di scelta della donna, come emerge dalle argomentazioni della sentenza *Casey*²³ (riprese e sviluppate dai dissenzienti in *Dobbs*), che valorizza appieno l'argomento della discriminazione di genere provocata da normative che impediscono completamente *ab initio* (salvo circoscritte eccezioni a tutela della salute e della vita della donna) l'esercizio del diritto di scegliere, entro certi limiti posti dalle legittime *regulation* statali, l'interruzione della gravidanza²⁴.

²² *Dobbs*, 10-11, cfr. le critiche di L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit.

²³ Come rilevano i dissenzienti in *Dobbs*, 23-24, sulla sentenza *Casey*: «*Anche la sentenza Casey ha riconosciuto la necessità di estendere la sfera costituzionale della libertà a un gruppo precedentemente escluso. La Corte capì allora, come la maggioranza di oggi non capisce, che gli uomini che ratificarono il Quattordicesimo Emendamento e scrissero le leggi statali dell'epoca non consideravano le donne come cittadini pieni e uguali. Una donna allora, scrisse la sentenza Casey, "non aveva capacità giuridica separata dal marito". Le donne erano viste solo "come il centro della vita domestica e familiare", senza "uno status giuridico pieno e indipendente ai sensi della Costituzione". Ma questo non poteva più essere vero secondo Casey: Lo Stato non poteva più insistere sulla "visione storicamente dominante del ruolo della donna". E la parità di cittadinanza, si rese conto la decisione Casey, era ineluttabilmente legata ai diritti riproduttivi. "La capacità delle donne di partecipare in condizioni di parità alla "vita della nazione" – in tutti i suoi aspetti economici, sociali, politici e legali – "è stata facilitata dalla loro capacità di controllare la propria vita riproduttiva". Senza la possibilità di decidere se e quando di avere figli, le donne non potevano – nel modo in cui gli uomini davano per scontato – determinare come avrebbero contribuito alla società che le circondava*». Ma v. anche, per l'importanza del principio di eguaglianza nelle motivazioni di *Casey*, pur a fronte di un *holding* "formalmente" di violazione solo della *due process clause*, le opinioni parzialmente concorrenti nel giudizio e parzialmente dissenzienti dei giudici Stevens (920) e Blackmun (928 e nt. 4).

²⁴ Come si è rilevato, la violazione del principio di eguaglianza non fu posta a fondamento di *Roe*, perché non era un argomento "culturalmente" disponibile allora, ovvero sia pienamente sviluppato nella cultura e nella società americana, nonché, di riflesso, nella giurisprudenza costituzionale coeva, e dunque poteva apparire come passo troppo radicale (rispetto alla *privacy*) nello sviluppo, necessariamente graduale, della *judicial doctrine*, cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 178-182, ove ult. rif. alla copiosa letteratura americana che, dopo *Roe*, ha proposto di fondare il cd. *right to choose* sull'*equal protection clause*. Si vedano le ulteriori considerazioni nel testo, al § 7 e note 133-135.

2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale?

In terzo luogo, la *majority opinion* – pur non dichiarandolo apertamente – sembra concepire tutto il filone giurisprudenziale del *substantive due process* (e le decisioni sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza oggetto di *overruling*, in specie) come imposizione illegittima di preferenze filosofiche/ideologiche o intuizioni morali dei giudici di volta in volta in maggioranza, tale da usurpare indebitamente la funzione legislativa (e, dunque, sostituire le scelte espresse dal popolo mediante i rappresentanti eletti, in spregio alla separazione dei poteri). In particolare, si sostiene la riproduzione in tali pronunce dei macroscopici errori, del cd. *legislating from the bench*, commessi nella notoria *Lochner era* (ca. 1887-1937)²⁵, allorché la maggioranza conservatrice invalidava sistematicamente per vizio di irragionevolezza sostanziale la legislazione sociale sui salari minimi e sull'orario massimo di lavoro, secondo una concezione assolutistica della *liberty of contract*, basata su una filosofia politica ispirata al darwinismo sociale e al *laissez faire*, "incorporata" nel *due process* sostanziale (cd. *economic substantive due process*).

A giudizio della maggioranza in *Dobbs* (così come di altri giudici critici in passato verso tale dottrina, come Scalia²⁶ e Rehnquist, per esempio) a fondamento dell'usurpazione delle prerogative del popolo sovrano nell'ambito del cd. *Modern substantive due process* vi sarebbe una ulteriore e diversa "scuola di pensiero": l'assolutizzazione libertaria dell'autonomia individuale oltre i limiti legittimamente posti dall'ordine sociale e dalla legge²⁷.

²⁵ *Dobbs*, 14-15. Sulla differenza tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 127-147, nonché *infra* nel testo § 7.

²⁶ P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali*, cit., 171 ss.

²⁷ Si leggano ad esempio le critiche all'elevato "livello di generalità" con cui viene configurato il diritto di *privacy* enunciato in *Roe* o la "libertà di fare scelte intime e personali centrali per la dignità e l'autonomia personale", nella riformulazione di *Casey*, entro cui viene ricondotto il diritto all'aborto, fondate soprattutto sulle potenziali conseguenze in termini di liceizzazione di condotte lesive di diritti altrui derivanti da tale configurazione. *Dobbs*, 30-31, 32: «*While individuals are certainly free to think and to say what they wish about "existence," "meaning," the "universe," and "the mystery of human life," they are not always free to act in accordance with those thoughts. License to act on the basis of such beliefs may correspond to one of the many understandings of "liberty," but it is certainly not "ordered liberty"; "These attempts to justify abortion through appeals to a broader right to autonomy and to define one's "concept of existence" prove too much. Those criteria, at a high level of generality, could license fundamental rights to illicit drug use, prostitution, and the like. None of these rights has any claim to being deeply rooted in history*». Similmente, v. l'opinione dissenziente di Scalia in *Lawrence*, 599, decisione che affermò il diritto all'intimità in privato degli omosessuali: «*La legge del Texas cerca innegabilmente di promuovere la convinzione dei cittadini che certe forme di comportamento sessuale sono "immorali e inaccettabili", lo stesso interesse promosso dalle leggi penali contro la fornicazione, la bigamia, l'adulterio, l'incesto tra adulti, la bestialità e l'oscenità. La sentenza Bowers ha ritenuto che si trattasse di un legittimo interesse dello Stato. La Corte oggi giunge alla conclusione opposta. La legge del Texas, afferma, "non persegue alcun interesse legittimo dello Stato che possa giustificare la sua intrusione nella vita personale e privata dell'individuo". La Corte abbraccia invece la dichiarazione del giudice Stevens nel suo dissenso in Bowers, secondo cui "il fatto che la maggioranza in uno Stato abbia tradizionalmente considerato una particolare pratica come immorale non è una ragione sufficiente per sostenere una legge che proibisce tale pratica". Questo decreta di fatto la fine di tutta la legislazione morale. Se, come afferma la Corte, la promozione della moralità sessuale maggioritaria non è nemmeno un interesse legittimo dello Stato, nessuna delle leggi sopra citate può sopravvivere a uno scrutinio minimale di razionalità*». Anche l'opinione dissenziente del Chief Justice Roberts in *Obergefell v. Hodges*, -- U.S. ---, 135 S. Ct. 2584, 2622 (2015), in risposta agli argomenti della maggioranza secondo cui il riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio agli omosessuali non avrebbe determinato alcuna lesione di diritti altrui:

Si consenta di rilevare che tale concezione della dottrina pare quanto meno miope: come è stato sostenuto²⁸, tale filone giurisprudenziale si caratterizza, all'opposto, per essere stato gradualmente sviluppato, prevalentemente in chiave di preservazione e, *non a caso*, da molti giudici tradizionalmente considerati, secondo i consolidati canoni della scienza politica, conservatori moderati – alcuni dei quali ammirati cultori del *judicial restraint* – o tutt'al più moderatamente progressisti (p. e. Stewart, Harlan II, Blackmun, Burger, Powell, O'Connor, Souter, Stevens, Kennedy).

Si è proceduto in tale ambito attraverso la ragionata estensione per analogia delle sfere di libertà individuale, soprattutto per riaffermare valori positivi tradizionalmente già consolidati e riconosciuti nella società come meritevoli di tutela secondo la (essenziale interpretazione) della Costituzione, ma adattandoli ed estendendoli anche a nuove istanze espresse "dal basso", dal corpo sociale, provenienti da gruppi storicamente svantaggiati o subordinati (come la rivendicazione dei diritti degli omosessuali in *Lawrence, Obergefell*) o, nel caso di *Roe* e *Casey*, la libertà e l'eguaglianza della donna (*i.e.* piena possibilità di partecipare nella società e di controllare la propria vita), che non riuscivano a trovare piena attuazione nel circuito politico-democratico²⁹.

«Quest'affermazione dell'“harm principle” suona meglio nella filosofia che nel diritto. L'innalzamento della più piena autorealizzazione dell'individuo al di là dei limiti che la società ha espresso tramite la legge può essere o non essere una filosofia morale appetibile [...] rispettare quella prospettiva richiede che la Corte sia guidata dal diritto, e non da nessuna specifica scuola di pensiero sociale. Come disse una volta il giudice Henry Friendly, riecheggiando l'opinione dissenziente del giudice Holmes in Lochner, il Quattordicesimo Emendamento non dà più attuazione a On Liberty di John Stuart Mill di quanto non dia attuazione a Social Statics di Herbert Spencer».

²⁸ Da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., *passim*, con ult. rif.

²⁹ Come osservano D. NEJAIME, R. SIEGEL, *The Wages of Crying Lochner!*, <https://bit.ly/3HY5R5d>, 20 ottobre 2022, «*Courts provided venues in which to circumvent deliberative blockages created by decades of criminalization and to open conversations about legitimate uses of the criminal law in private life. Ultimately, both women and LGBTQ people asserted liberty and equality-based claims to engage in the conduct that the law had long banned [...] courts protecting substantive due process rights in cases from Griswold to Obergefell were intervening in conditions of political inequality and stigma and were supporting the democratic participation of marginalized groups. When analyzed with attention to the background conditions confronting those who asserted constitutional liberty claims, we can see, [...] the Court's modern substantive due process decisions are, like equal protection decisions protecting racial minorities, examples of democracy-reinforcing judicial review*». Certamente si muove da una concezione assiologicamente pregnante (e non neutra) dei principi costituzionali di libertà ed eguaglianza in una democrazia costituzionale, e da una certa visione di moralità politica. Ciò che conferisce coerenza e legittimazione in una democrazia costituzionale moralmente pluralista al *due process* moderno, sostiene p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., è che esso, letto "organicamente", garantisce le libertà essenziali per la «*democrazia deliberativa*», che consente alle persone di deliberare sulla «*giustizia delle istituzioni e delle politiche sociali di base*», e per l'«*autonomia deliberativa*», che permette alle persone «*di applicare la loro capacità di concepire il bene*» per deliberare e decidere «*come vivere la propria vita*» (37). Questi diritti costituiscono le «*precondizioni significative per l'autogoverno personale*» (42), che «*assicurano i presupposti affinché le persone possano prendere alcune decisioni fondamentali che riguardano il loro destino, la loro identità o il loro modo di vivere, indipendentemente dalle loro opinioni morali o religiose, senza essere costrette dallo Stato*» (146). Quanto ai criteri a disposizione della Corte nel complesso giudizio in materia, i diritti possono essere riconosciuti attraverso il processo del costituzionalismo di *common law* [«*That tradition is a living thing*», richiamando Harlan II] (117). Nel giustificare *Obergefell*, Fleming scrive che la Corte ha «*seguito e consolidato il cambiamento sociale che si è verificato attraverso i processi democratici e giudiziari*». I sondaggi dell'opinione pubblica (non diversamente da quanto avviene oggi in riferimento all'aborto) indicavano «*che la maggioranza della popolazione nazionale era favorevole al matrimonio per le coppie dello stesso sesso*». La Corte – nella difficile analisi – deve tenere in debita considerazione «*i processi di cambiamento costituzionale, compresi i mo-*



Al contrario, la volontà di *cancellare* questa dottrina, in ragione della ritenuta incompatibilità con i limiti istituzionali dell'ufficio giudiziario federale, dell'antidemocraticità intrinseca e del suo essere veicolo, a livello contenutistico/sostanziale, di una impostazione filosofica radicalmente individualista e libertaria è un dato *relativamente nuovo*, riconducibile a idee che iniziarono a circolare tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta negli ambienti giudiziari e accademici, e che caratterizzano i cd. *movement conservatives* (e sono collegate alla nascita ed alla affermazione delle varie teorie originaliste – p. e. *original intent; original public meaning; new originalism* – quale *reazione* politica e culturale all'attivismo giudiziale degli anni sessanta e settanta)³⁰.

Si tratta in effetti di giuristi che hanno sovente agitato lo spauracchio della dichiarazione di illegittimità di tutta la cd. *moral legislation*, quale probabile conseguenza dell'applicazione di una robusta componente di protezione sostanziale della *due process clause*³¹. Una "china scivolosa" (cd. *Slippery slope*) che ad oggi non si è mai realizzata, e che – aggiungiamo – ben difficilmente potrebbe verificarsi, alla luce del fatto che, come detto, alla base della linea giurisprudenziale in discussione e della sua progressiva estensione risiede soprattutto l'affermazione di valori positivi di per sé stessi dotati di copertura costituzionale e riconoscimento sociale (ancorché talora solo in via di consolidamento), e non la assoluta e incontrollata realizzazione dell'individuo oltre le forme e i limiti posti dall'ordinamento, ovvero a prescindere dalla/in opposizione alla direzione in atto nell'evoluzione della coscienza sociale³².

2.4. Una Costituzione neutrale?

Un ulteriore profilo di criticità risiede nella posizione più volte espressa sia dall'opinione di maggioranza sia, in particolare, dalla opinione concorrente di *Justice* Kavanaugh, secondo cui, stante il "si-

vimenti sociali, la desuetudine e l'abrogazione democratica delle leggi che vietano» una pratica, tutti elementi che dimostrano «*un consenso contemporaneo in evoluzione a favore di un particolare diritto*» (93). Le «*precondizioni per il cambiamento costituzionale*» includono «*i movimenti sociali, la desuetudine applicativa, l'applicazione infrequente e l'abrogazione democratica*» delle restrizioni ai diritti (81). Si noti che questa criteriologia, insuscettibile di essere ingabbiata in categorie positivistiche e tale da esaltare indubbiamente la "anima politica" del giudice costituzionale, si avvicina al metodo dell'*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* applicato dalla Corte suprema nei casi relativi alle pene crudeli ed inusuali sotto l'VIII Em. (v. *infra* § 4), nonché, in certa misura, alla valutazione della "evoluzione della coscienza sociale" nella giurisprudenza costituzionale italiana (v. *infra* nt. 131).

³⁰ Sulla importante distinzione tra cd. *preservative conservatism*, orientamento al quale sono variamente ascrivibili la maggior parte degli alti magistrati di nomina repubblicana che hanno sostenuto la *modern substantive due process doctrine* (tra i quali quelli nelle maggioranze delle decisioni *Roe* e *Casey*) e cd. *counterrevolutionary conservatism*, al quale possono essere ascritti i giudici supremi oggi in maggioranza, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 11, 39, 69, 188, 217-18, nonché le riflessioni svolte *infra* diffusamente nel testo.

³¹ Cfr. *supra* nota 27.

³² È questo il motivo, p. e., per cui non pare del tutto condivisibile la posizione espressa dal *Chief Justice* Roberts nel parere contrario alla sentenza *Obergefell*, secondo cui la costituzionalizzazione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso avrebbe aperto la porta alla censura delle normative che proibiscono la poligamia (oggi criminalizzata in tutti i 50 stati), eventualità improbabile oggi e nel futuro prossimo (per inesistenza di solida e diffusa rivendicazione nella società, anche in ragione dei ritenuti effetti lesivi sulle donne e sulla prole derivanti da tale pratica), J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 88-94, 165-69. Un discorso per certi versi analogo potrebbe farsi – *mutatis mutandis* e con diverse specificazioni – con riguardo ad altre pratiche come l'incesto, la bestialità, la prostituzione, il consumo di stupefacenti.

lenzio” della Costituzione, che non fa testuale menzione dell’aborto, la Corte dovrebbe mantenersi rigorosamente neutrale su una questione moralmente così divisiva e oggetto di profondo e sincero disaccordo tra i cittadini, spettando – in democrazia – al popolo attraverso i propri rappresentanti eletti nei parlamenti l’ultima parola sul bilanciamento dei contrapposti interessi nella regolamentazione della materia³³. A tali rilievi – difficilmente conciliabili con il tenore e il significato del IX Emendamento alla Costituzione³⁴ – potrebbe risponderci, ad esempio, che neppure le parole “matrimonio” o “contraccettivi” sono testualmente previste nella Carta fondamentale o nella Dichiarazione dei Diritti; così come non è previsto che la *freedom of speech* del I Em. protegga la condotta di chi brucia la bandiera a stelle e strisce, o che sia proibito condannare a morte un reo mentalmente disabile (e la lista potrebbe andare avanti a lungo)³⁵.

A prescindere dal dato testuale, dal significato pubblico originario delle norme costituzionali e dalla tradizione giuridica consolidata al tempo della ratifica, certe sfere sono sottratte alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché rientrano nella protezione costituzionale, così come determinata attraverso un’elaborazione (necessariamente) complessa, critica e ragionata, della Corte – che corrisponde ad un preciso dovere giudiziale di interpretare la legge fondamentale – sul significato normativo delle previsioni costituzionali nello sviluppo dei precedenti.

In questa sfera protetta rientra(va) il diritto fondamentale della donna di scegliere se portare a termine una gravidanza o meno, pur nelle forme e negli stringenti limiti consentiti dalla regolamentazione legislativa statale posta a presidio dei legittimi contro-interessi rilevanti, su tutti la protezione della vita prenatale. Disconoscere questa realtà, e attribuire *integralmente* al legislatore la piena disponibilità del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, significa *imporre* (tramite la legislazione statale o federale) una particolare concezione morale sull’inizio della vita umana e nei fatti *costringere* un gran numero di donne a portare a termine gravidanze indesiderate, con enormi danni per loro, per le loro famiglie e, in ultima analisi, per la società.

³³ Per una aspra critica alla “retorica” della neutralità, v. *Dobbs*, opinione dissenziente, 20-21.

³⁴ Cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit., ove ult. rif.

³⁵ Fare leva sul silenzio testuale e sulla asserita neutralità assiologica della Costituzione è una argomentazione fragile, inconciliabile con il *case law* consolidato nei più disparati ambiti della giurisprudenza costituzionale statunitense, soprattutto relativo a norme-principio caratterizzate da eccedenza di contenuto assiologico (p. e.: *free speech, unreasonable searches and seizures, due process of law, equal protection of the laws, cruel and unusual punishment*). Conservano ancora oggi persuasività, p. e., le parole del giudice Blackmun nella sua *opinion* nella sentenza *Casey* (930-31), in risposta all’argomento testualista: «*Were this a true concern, we would have to abandon most of our constitutional jurisprudence. [T]he “critical elements” of countless constitutional doctrines nowhere appear in the Constitution’s text. The Constitution makes no mention, for example, of the First Amendment’s “actual malice” standard for proving certain libels, see New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Similarly, the Constitution makes no mention of the rational-basis test, or the specific verbal formulations of intermediate and strict scrutiny by which this Court evaluates claims under the Equal Protection Clause. The reason is simple. Like the Roe framework, these tests or standards are not, and do not purport to be, rights protected by the Constitution. Rather, they are judge-made methods for evaluating and measuring the strength and scope of constitutional rights or for balancing the constitutional rights of individuals against the competing interests of government*»; v. anche le considerazioni sull’*undue burden standard* nell’opinione dissenziente in *Dobbs*, 33-34.

2.5. *Stare decisis* costituzionale

Inoltre, si mostra discutibile e problematica la analisi della Corte in punto di *stare decisis* costituzionale. In particolare – senza potere approfondire – il criterio del cd. *poor reasoning* (scadente qualità dell'iter logico-giuridico delle motivazioni) sembra essere indebitamente enfatizzato, a detrimento degli ulteriori indici rilevanti (p. e. l'impossibilità di applicare in modo coerente ed uniforme il precedente; nonché l'incompatibilità con altre *judicial doctrines* costituzionali); il *reliance interest* delle donne, ovvero sia l'affidamento sulla (ribadiamo, limitata) disponibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza in caso di insuccesso della contraccezione, con tutte le conseguenze che questo affidamento ha sulla effettiva possibilità di partecipare in condizioni di piena eguaglianza alla vita sociale ed economica della nazione, consolidatosi non poco nel corso di cinquant'anni, viene indebitamente svalutato e considerato privo di sufficiente concretezza e, in definitiva, inafferrabile³⁶. A ciò si aggiunge che la più parte dei precedenti citati dalla maggioranza, per dimostrare che lo *stare decisis* costituzionale non è un principio inderogabile, avendo numerosissime volte la Corte nella sua storia corretto propri precedenti errori, non si mostrano del tutto conferenti: vuoi perché nella stragrande maggioranza dei casi si tratta di *overruling* che hanno riconosciuto (e non de-costituzionalizzato) diritti individuali o innalzato il livello della loro tutela, all'opposto di *Dobbs*; vuoi (soprattutto) perché, come spiega l'opinione dissenziente – diversamente da altri *overruling* celebri invocati a sostegno dalla maggioranza³⁷ – nessun mutamento fattuale o della comprensione/significato della realtà fattuale relativa all'interruzione della gravidanza nella società è intervenuta nei trent'anni tra la sentenza *Casey* e la sentenza *Dobbs*, rendendo in qualunque modo obsoleta la valutazione effettuata nella prima decisione citata (un precedente “*sul valore del precedente*”).

2.6. Delegittimazione della Corte

Infine, possono considerarsi particolarmente problematici le modalità e la tempistica dell'*overruling*. *Dobbs* è frutto di una super-maggioranza conservatrice alla Corte suprema costituitasi, come noto, in maniera fortemente controversa, attraverso pratiche assai discutibili – in termini di forzatura dei meccanismi istituzionali – da parte della maggioranza repubblicana al Senato, nelle ratifiche dei tre giudici nominati da Donald Trump. Ciò ha determinato un documentato crollo di fiducia nei confronti dell'istituzione ed un inasprimento della (già da tempo molto forte) polarizzazione politica. Una pro-

³⁶ Si v. p.e. D. DWYER, *After Roe Ruling, is 'stare decisis' dead? How the Supreme Court's view of precedent is evolving*, <https://abcnews.go.com/Politics/roe-ruling-stare-decisis-dead-supreme-court-view/story?id=84997047>, 24 giugno 2022. Sulla svalutazione dei cd. *reliance interests* generati da *Roe* e *Casey*, e sui grandi costi sociali e umani che l'*overruling* di tali decisioni implica, v. p. e. N. VARSAVA, *Precedent, Reliance, and Dobbs*, di prossima pubblicazione in *Harvard Law Review*, 2023, consultabile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4152020. Per ulteriori considerazioni critiche sulla analisi in punto di *constitutional stare decisis* svolta in *Dobbs*, v. *infra* § 4 e nota 72.

³⁷ Segnatamente: *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), che superò *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) e con essa l'intera dottrina del cd. *Economic substantive due process* iniziata in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), scongiurando il cd. *Court packing plan* roosveltiano; nonché *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), la celeberrima decisione con la quale si pose formalmente fine alla segregazione razziale nelle scuole statunitensi, superando la dottrina “*separate but equal*” avallata in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Si cfr. *Dobbs*, 40, 69-70, con *Dobbs*, opinione dissenziente, 43-47.

nuncia di questo tipo non può che delegittimare ulteriormente l'organo giudiziario federale di vertice, avvalorando le più ciniche valutazioni sul fatto che esso non si differenzi affatto, nel suo modo di operare, dalle due *political branches of government*³⁸.

3. I problemi istituzionali-strutturali, l'antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement*

Molti osservatori, anche in Italia, hanno espresso preoccupazione per una decisione che, senza iperboli, può essere definita sconvolgente³⁹.

Vale la pena osservare però, anzitutto, che essa – ben al di là della “bozza” fuoriuscita ad inizio maggio⁴⁰ – era preannunciata, in quanto frutto di istanze politiche e culturali assai radicate e risalenti, perseguite negli ultimi quarant'anni con grande determinazione (supportata da fiumi di dollari e instancabile attivismo politico-giudiziario: il cd. *conservative legal movement*⁴¹) e infine realizzate grazie a un *mix* di fattori.

³⁸ Come annuncia amaramente l'opinione dissenziente in *Dobbs*, 6: «*The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed [...] Today, the proclivities of individuals rule. The Court departs from its obligation to faithfully and impartially apply the law. We dissent*»; cfr. anche. *Mitchell v. W. T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 636 (1974) (Stewart, J., dissenting), «*A basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government. No misconception could do more lasting injury to this Court and to the system of law which it is our abiding mission to serve*». Tra i commentatori si è parlato di *institutional suicide* della Corte, v. N. FELDMAN, *Ending Roe is Institutional Suicide for Supreme Court*, in <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-24/supreme-court-abortion-ruling-in-dobbs-is-institutional-suicide>, 24 giugno 2022. Su questo essenziale profilo v. *amplius infra* §§ 6-8.

³⁹ Limitandosi alla dottrina italiana, si v. i commenti prevalentemente critici di 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*, 2, 2022, 32 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *ivi*; N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, *ivi*; C. DE SANTIS, “*Abortion is inherently different*”: *la Corte suprema USA sancisce l'overruling di Roe e Casey*, in *Diritti comparati blog*, 12 luglio 2022; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, *ivi*, 14 luglio 2022; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievi della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE ON LINE*, 13 luglio 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in www.questionegiustizia.it; S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in <http://www.sidiblog.org/2022/07/25/blessed-be-the-fruit-unanalisi-di-genere-della-sentenza-dobbs-della-corte-suprema-statunitense-alla-luce-del-diritto-internazionale-dei-diritto-umani/>, 25 luglio 2022. Cfr. anche *supra* nota 2 ove ult. rif.

⁴⁰ J. GERSTEIN, A. WARD, *Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows*, in <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>, 2 maggio 2022; v. le critiche di A.W. ALSCHULER, L.H. TRIBE, *Some Questions for the Alito's Five*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/09/some-questions-for-the-alito-five>, 9 giugno 2022.

⁴¹ Cfr. S.M. TELESE, *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for the Control of the Law*, Princeton, 2008; in particolare, sull'overruling di Roe come “trionfo” a lungo agognato del *conservative legal movement*, e sui fattori politici che ne hanno “ritardato” il raggiungimento, cfr. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, bozza di prossima pubblicazione consultabile in <https://bit.ly/3x5LzAh>, 1 ss., spec. 9-16.

Tra questi si può annoverare, sul piano strutturale-istituzionale, la “obsolescenza” della disciplina costituzionale relativa a nomina presidenziale, ratifica senatoriale e, specialmente, mandato vitalizio dei giudici (“*during good behavior*”, art. III, sez. 1, Costituzione)⁴², non a caso oggetto di ampia discussione in chiave di riforma, e di studio da parte di una commissione presidenziale⁴³, che si è unita a fattori casuali, “errori” di valutazione nella scelta strategica sul *retirement* da parte di precedenti giudici supremi, “*constitutional hardball*”⁴⁴ dei repubblicani nel rifiuto di valutare la nomina di Obama nel 2016 (l'attuale *Attorney General* Merrick Garland), finendo per consegnare al Presidente Trump ben tre nomine di giudici supremi in quattro anni (Gorsuch, Kavanaugh, Barrett)⁴⁵.

Il risultato è una super-maggioranza conservatrice attuale della Corte Suprema profondamente disallineata dal paese reale/pubblica opinione americana, come forse di rado lo è stata nella sua storia, per quanto sempre approssimativi e inesatti possano essere i rilevamenti sul punto⁴⁶.

Questo anche perché nella elezione del Presidente – il fattore che dovrebbe garantire, sul lungo periodo, tramite il potere di nomina, la natura “non troppo antimaggioritaria” dell'operato della Corte – entrano in gioco ulteriori aspetti strutturali, come il sistema del collegio elettorale⁴⁷, che, attribuendo in proporzione maggior peso in termini di rappresentanza agli stati meno popolosi, tende a favorire il partito repubblicano⁴⁸.

⁴² Si v. in generale le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, in *Corriere della Sera*, 4 novembre 2020.

⁴³ Cfr. *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Final Report December 2021*, in <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>. Sui lavori della commissione presidenziale v. nella dottrina italiana N. CEZZI, *La Corte suprema come problema*, in *Diritti comparati blog*, 3 maggio 2021; C. BOLOGNA, *La Commissione per la riforma della Corte suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 691 ss.

⁴⁴ Lett. “gioco sporco costituzionale”. L'espressione è di M. TUSHNET, *Constitutional Hardball*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2004, 523 ss; v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 227-28.

⁴⁵ Senza contare, cosa assai rilevante *pro futuro*, i numerosissimi magistrati federali da lui nominati nelle corti d'appello e distrettuali, la pressoché totalità dei quali condivide l'impostazione originalista-testualista dei giudici supremi, v. R.R. RUIZ, R. GEBELOFF, *As Trump Leaves the White House, His Imprint on the Judiciary Deepens*, in <https://www.nytimes.com/2020/12/17/us/politics/trump-judges-appeals-courts.html>, 17 dicembre 2020.

⁴⁶ Si v. ad es., tra le molte ricerche convergenti sul punto, S. JESSEE, N. MALHOTRA, M. SEN, *A decade-long longitudinal survey shows that the Supreme Court is now much more conservative than the public*, in *PNAS*, 119, 24; cfr. anche M. SCHERER, *Supreme Court goes against public opinion in rulings on abortions, guns*, in <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/24/supreme-court-goes-against-public-opinion-rulings-abortion-guns/>, 24 giugno 2022.

⁴⁷ Cfr. p. e. F. TONELLO, *La grande truffa del sistema elettorale americano*, in *MicroMega*, 2020, 6, 164 ss.; D.M. WEST, *It's time to abolish the Electoral College*, in <https://www.brookings.edu/policy2020/bigideas/its-time-to-abolish-the-electoral-college/>, 15 ottobre 2019.

⁴⁸ Si consideri, ad esempio, che i presidenti repubblicani eletti dal 1968 a oggi hanno nominato quindici dei venti giudici che sono stati confermati all'Alta Corte, sebbene si siano aggiudicati la maggioranza dei consensi elettorali nelle presidenziali soltanto in sei delle quattordici consultazioni svoltesi in questo periodo di tempo. Tale squilibrio, in rapporto al *voto popolare* dei cittadini dell'Unione, non è “compensato” neanche dalla conferma senatoriale, specialmente se, come ormai sempre avviene, vista l'exasperata polarizzazione politica, la votazione è divisa quasi interamente per linee partitiche tra repubblicani e democratici (v. p. e. le ratifiche delle nomine di Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett). Su questi aspetti cfr. *amplius* p. e. R. WHEELER, *Pack the Court? Putting a popular imprint on the federal judiciary*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2019/04/03/pack-the-court-putting-a-popular-imprint-on-the-federal-judiciary/>, 3 aprile 2019; V.C. JACKSON, *Reflection on the Supreme Court, the Senate, and Sandy Levenson*, in *Balkanization*, 29 aprile 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della*

La Corte negli ultimi cinquanta anni è sempre stata “a destra”, ma perennemente controllata da giudici “moderati” (cd. *swing justices*, che sfuggivano a “incasellamenti” ideologici) sulle questioni socialmente ed eticamente più divisive⁴⁹.

Oggi non è più così.

4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em.

Sono gravi i danni alla legittimazione dell’organo di garanzia e in sensibile calo la fiducia nel *rule of law* da parte dei cittadini statunitensi⁵⁰, fosche le prospettive future, in vari settori giurisprudenziali, che questa radicale e ampia virata *originalista*, o forse meglio dire *tradizionalista*⁵¹, potrebbe comportare.

Corte Suprema statunitense, cit.; come osserva J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 8: «il Partito Repubblicano è riuscito a mantenere e persino ad accrescere una maggioranza conservatrice della Corte Suprema, pur perdendo il suo status di partito di maggioranza negli Stati Uniti. Il Partito Repubblicano ha beneficiato della ripartizione sbilanciata dei seggi del Senato, che permette agli Stati meno popolati che tendono a votare repubblicani di avere un’influenza sproporzionata in Senato, e di conseguenza un’influenza sproporzionata sulle nomine giudiziarie. Inoltre, dal 2000, il Partito Repubblicano ha conquistato due volte la presidenza senza vincere il voto popolare nazionale. In effetti, dal 1992 in poi, il Partito Repubblicano ha vinto il voto popolare in un’elezione presidenziale solo una volta, nel 2004».

⁴⁹ Sulla nozione di “*swing justice*” v. K.M. MCGAVER, *Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minn. L. Rev.*, 2017, 1247 ss.; N. DEVINS, *Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die*, in C. BRADLEY (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge (Ma.), 2005, 327 ss., 337, che osserva «I giudici “ago della bilancia” non hanno preferenze fisse e, in quanto tali, è più probabile che prestino attenzione alle opinioni degli ufficiali eletti, delle elites e del popolo americano». Per un approfondimento sulla *jurisprudence* del più celebre *swing justice* della Corte Suprema in tempi recenti (specialmente, dal 2005 al 2018), v. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 97 ss.

⁵⁰ Che si attestava, prima della sentenza *Dobbs*, attorno al 25%, cfr. J.M. JONES, *Confidence in the U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low*, <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>, 23 giugno 2022.

⁵¹ Sulla distinzione tra originalismo (specialmente nella più nota variante testualista dell’*original understanding* sostenuta e resa celebre soprattutto da Antonin Scalia, giudice associato della Corte, 1986-2016, sulla quale v. ora l’approfondito lavoro di G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, 2022) e approccio interpretativo storico/tradizionalista fatto proprio nelle recenti sentenze sull’aborto e sul diritto a portare armi in luoghi pubblici si cfr., con varietà di accenti, C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145922; N. FELDMAN, *Supreme Court ‘Originalists’ Are Flying a False Flag*, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-07-17/supreme-court-s-conservative-originalists-are-flying-a-false-flag>, 17 luglio 2022. Per una riccamente argomentata analisi in chiave adesiva della crescente applicazione della metodologia interpretativa definita come *traditionalism*, soprattutto nel corso dell’*October Term 2021*, in diversi settori giurisprudenziali, v. M.O. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising*, di prossima pubblicazione in *Journal of Contemporary Legal Issues*, bozza consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4205351.



Ciò anche ben oltre gli altri diritti cd. non enumerati fondati sulla medesima base normativa del *due process* sostanziale del XIV Em. (cd. *privacy rights*), la cui cancellazione⁵² è stata evocata esplicita-

Special issue

⁵² Occorre invero precisare che Justice Thomas nella *concurring opinion* in *Dobbs* (3-4), coerentemente alla sua posizione originalista espressa in numerosi precedenti, pur ripudiando tutta la dottrina del *due process* sostanziale, lascia aperta la possibilità che alcuni diritti fondamentali non testualmente previsti dal *Bill of Rights* possano trovare protezione costituzionale nella cd. *privileges or immunities clause* del XIV Em.: «Dopo aver annullato queste decisioni palesemente errate, rimarrebbe da chiedersi se altre disposizioni costituzionali garantiscono la miriade di diritti che i nostri casi di substantive due process hanno generato. Ad esempio, si potrebbe considerare se uno qualsiasi dei diritti annunciati nelle cause sul substantive due process di questa Corte siano "privilegi o immunità dei cittadini degli Stati Uniti" protetti dal Quattordicesimo Emendamento. Per rispondere a questa domanda, dovremmo decidere importanti questioni preliminari, tra cui se la privileges or immunities clause protegga qualsiasi diritto che non sia enumerato nella Costituzione, e, in caso affermativo, come identificare tali diritti. Detto questo, anche se la clausola protegge i diritti non enumerati, la Corte dimostra in modo conclusivo che l'aborto non è uno di questi in base ad alcun approccio interpretativo plausibile». Per una formulazione più articolata della posizione di Thomas sul punto, che implicherebbe per essere accolta la radicale rivisitazione di precedenti assai consolidati [v. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873)] le sue *concurring opinions* nei recenti casi *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019) e, soprattutto, *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), cfr. al proposito p. e. J.R. WEAVER, *Privileges or Immunities: More Than a Nullity, But Not Boundless*, <https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/privileges-or-immunities-more-than-a-nullity-but-not-boundless>, 11 dicembre 2020.



mente dal giudice Clarence Thomas nella sua opinione concorrente in *Dobbs*⁵³ (tra gli altri: *gay rights*⁵⁴, uso anticoncezionali⁵⁵).

In un tempo non troppo lontano, Thomas poteva essere considerato giurista isolato ed eccentrico, oggi, “giudice anziano”, è invece, probabilmente, leader intellettuale ed ideologico della Corte⁵⁶.

Penso anche alla decisione del giorno precedente sull’ulteriore espansione del diritto a possedere e portare armi del II Em. ai luoghi pubblici⁵⁷ (con connessa riduzione dello spazio legittimo di *regulation* da parte degli Stati e delle autorità locali per prevenire la piaga della violenza connessa all’uso di armi da fuoco: qui non si trova traccia della *deference* nei confronti della discrezionalità politica dei legislatori statali, all’opposto “sacralizzata” in *Dobbs*⁵⁸, o anche alle recenti tendenze in materia di VIII Em., clausola che vieta pene crudeli e inusuali e manifestamente eccessive⁵⁹).

⁵³ Come visto sopra (v. note 20-21) La opinione di maggioranza in *Dobbs* *distingue* invece i precedenti sul diritto all’aborto rispetto a quelli, sui quali essi di fondano direttamente, relativi alla autonomia nelle scelte personali nella vita familiare, al matrimonio, all’uso di anticoncezionali, nonché all’inviolabilità dell’integrità del corpo, oltreché quelli cronologicamente successivi riguardanti i diritti degli omosessuali ad intrattenere rapporti sessuali in privato e a contrarre matrimonio, facendo riferimento alla «*critical moral question*», propria soltanto dell’interruzione della gravidanza, che comporta la distruzione di una «*potential life*» o di un «*unborn human being*». Ciò renderebbe l’aborto “intrinsecamente differente”, e metterebbe al riparo gli altri precedenti da ulteriori *overturnings* (30-32, 66, 71-72). Come osservano lucidamente i dissenzienti, tuttavia, guardando anche alla *concurrence* di Thomas, arginare la logica espansiva del *reasoning* della sentenza della Corte in *Dobbs* è pressoché impossibile – con buona pace delle plurime rassicurazioni – alla luce della unitarietà logico-giuridica dell’intera elaborazione giurisprudenziale sui diritti costituzionali non enumerati (4-5): «*nessuno dovrebbe essere sicuro che questa maggioranza abbia finito il suo lavoro. Il diritto riconosciuto da Roe e Casey non è isolato. Al contrario, la Corte lo ha collegato per decenni ad altre libertà consolidate che riguardano l’integrità corporea, le relazioni familiari e la procreazione. Ovviamente, il diritto di interrompere una gravidanza è nato direttamente dal diritto di acquistare e utilizzare anticoncezionali. A loro volta, questi diritti hanno portato, più recentemente, ai diritti all’intimità e al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Sono tutti parte dello stesso tessuto costituzionale, che protegge l’autonomia decisionale sulle decisioni più personali della vita. La maggioranza (o, per essere più precisi, la maggior parte di essa) è ansiosa di dirci oggi che nulla di ciò che fa “mette in dubbio i precedenti che non riguardano l’aborto”. Ma come potrebbe essere? L’unica motivazione per ciò che la maggioranza fa oggi è che il diritto di abortire non è “profondamente radicato nella storia”: Fino alla sentenza Roe, sostiene la maggioranza, non si pensava che l’aborto rientrasse nella garanzia di libertà della Costituzione. Lo stesso si potrebbe dire, però, della maggior parte dei diritti che la maggioranza sostiene di non voler cancellare. La maggioranza potrebbe scrivere una decisione altrettanto lunga che dimostrasse, ad esempio, che fino alla metà del XX secolo “non c’era alcun supporto nel diritto americano per un diritto costituzionale di ottenere [contraccettivi]”. Quindi una delle due cose deve essere vera. O la maggioranza non crede davvero nel proprio ragionamento. O, se ci crede, tutti i diritti che non hanno una storia che risale alla metà del XIX secolo sono insicuri. O gran parte dell’opinione della maggioranza è ipocrisia, oppure altri diritti costituzionali sono minacciati. Delle due l’una». V. anche 19-30 del *dissent*.*

⁵⁴ *Lawrence v. Texas*; *Obergefell v. Hodges*.

⁵⁵ *Griswold v. Connecticut*; *Eisenstadt v. Baird*; *Carey v. Population Services International*.

⁵⁶ Sia permesso rinviare al nostro *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un’invettiva del giudice Thomas*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2018, 288 ss., ove ult. rif.

⁵⁷ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), su cui v. N.G. Cezzi, “Le origini sono un inizio che spiega”. *NYSRPA v. Bruen e il porto d’armi come diritto costituzionale tradizionale*, in *Diritti Comparati Blog*, 18 ottobre 2022.

⁵⁸ Si potrebbe spiegare questa “discrepanza” osservando che il diritto a possedere e portare armi è previsto espressamente dal testo del II Em. della Carta dei Diritti (diritto enumerato), contrariamente alla *privacy*. Tutta-

Attraverso la stessa metodologia *lato sensu* originalista, tramite quella che viene criticamente detta “*law office history*” (ricerca storica “amatoriale” da parte di giuristi)⁶⁰, si pretenderebbe anche in quest’ultimo ambito, similmente a quanto fatto in *Dobbs* – in nome della separazione dei poteri e della democrazia (*rectius*: di una visione rigidamente assoluta e incondizionata delle stesse, che peraltro si presta pure al sospetto di porsi “ad intermittenza”, a seconda cioè delle preferenze politiche dei *Justices* in maggioranza) – di annullare la discrezionalità giudiziale, garantire neutralità e oggettività nella *constitutional adjudication*, attribuendo significato certo e conclusivo a fonti storiche molto spesso equivoche e ambigue, sovente selezionate *ad hoc* tramite cd. *cherry picking* per ridurre il contenuto di garanzia delle previsioni costituzionali, “fissandolo” al 1791 (*Bill of Rights*, di cui fa parte l’VIII Em.) o al 1868 (anno in cui fu ratificato il XIV Em., la cui *liberty* della *due process clause* costituisce base normativa del diritto all’aborto)⁶¹.

via, se si considera la consolidata e risalente tradizione costituzionale di protezione dei diritti fondamentali non enumerati (v. p. e. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3), e ci si avvede anche, dall’altra parte, che il diritto del II Em., quanto meno nella sua natura di diritto individuale della persona (e non, secondo la lettura tradizionalmente più accreditata, come *collective right* inestricabilmente connesso al servizio nelle milizie statali necessarie a scongiurare la tirannia del governo federale), è stato affermato per la prima volta soltanto nel 2008 (con la pronuncia assai innovativa *District of Columbia v. Heller*), le diverse modulazioni del grado di deferenza nei confronti delle determinazioni legislative non sembrano trovare grandi giustificazioni, se non nelle preferenze politiche dei giudici in maggioranza. Sulla fragilità delle tesi originaliste affermatesi in *Heller*, e sulla loro funzionalizzazione ad affermare “attivisticamente” – contro il precedente e contro le determinazioni legislative – un preciso orientamento politico dei giudici conservatori allora in maggioranza, v. ancora, volendo, P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.*, cit., ove ult. rif.

⁵⁹ V. di recente *Bucklew v. Precythe*, 587 U.S. ____ (2019), estensore Gorsuch, in materia di metodi di esecuzione della pena capitale, che contiene *dicta* molto “aggressivi” sulla necessità di una interpretazione rigidamente originalista della clausola, incompatibile con il precedente consolidato, su cui v. criticamente J.D. BESSLER, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured Death Penalty Jurisprudence*, in *The George Washington Law Review – On the Docket*, 17 aprile 2019.

⁶⁰ Si possono richiamare, ad esempio, le critiche di J.P. STEVENS, *Associate Justice* dal 1975 al 2010, sui limiti di un’interpretazione costituzionale esclusivamente “storicistica”: «*l’affidamento sulla storia, anche quando l’interpretazione degli eventi passati è completamente accurata e indiscussa, fornisce una guida insufficiente per comprendere il significato della nostra Costituzione. Dovremmo tenere a mente che anche se noi ci affidiamo molto – come dovremmo – alla saggezza dei singoli giudici nel prendere innumerevoli decisioni che interpretano e applicano regole di diritto, i giudici sono storici meramente amatoriali. Le loro interpretazioni degli eventi passati, come l’interpretazione della storia legislativa, sono spesso discutibili e a volte semplicemente sbagliate. L’analisi storica è solitamente rilevante e interessante, ma essa è uno soltanto dei numerosi criteri guida per un saggio giudizio*». Cfr. J.P. STEVENS, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, 222-223.

⁶¹ Secondo C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit., «*L’argomento originalista pietrifica ex auctoritate il senso della Costituzione, estrapolandone l’unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L’originalismo elide l’elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale*».

Nei prossimi anni potremmo così assistere, in ipotesi, all'*overruling*, o comunque allo "svuotamento"⁶², di precedenti che, ad esempio, vietano la condanna a morte e l'esecuzione dei minori o dei disabili mentali, fondati su letture della Carta apertamente *dinamico-evolutive*, fino ad oggi consolidate (come d'altra parte era *Roe v. Wade* del 1973, ripetutamente riaffermata in seguito⁶³), antitetiche a quella rigidamente storica e originalista sostenuta dai magistrati oggi in maggioranza.

Vale la pena soffermarsi un attimo su questo punto, di grande importanza dalla prospettiva penalistica.

Si pensi in primo luogo al fatto che tutte le decisioni della Corte che pongono limiti costituzionali di proporzionalità sostanziale alla pena capitale (cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*), escludendo categoricamente, in quanto manifestamente eccessiva, l'applicazione dell'estrema sanzione nei confronti di varie "categorie di rei" (minori⁶⁴, disabili mentali⁶⁵) e per "tipologie di reato" (escludendo di fatto tutti i reati diversi dall'omicidio volontario⁶⁶), nonché le sentenze che vietano l'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti dei condannati per reati diversi dall'omicidio commessi da minorenni⁶⁷ (o anche per l'omicidio, se l'ergastolo è *mandatory*, previsto in via di automatismo per legge⁶⁸), sono frutto di una progressiva elaborazione giurisprudenziale fondata su una metodologia interpretativa spiccatamente dinamico-evolutiva (*ex se* anti-originalista, riconducibile al giudizio costituzionale per valori, cd. *moral reading* o *living constitution*), oggi consolidata⁶⁹.

Ora, qui non si vuole certo sostenere che è scontato o automatico che questa giurisprudenza, relativa ad un'altra clausola costituzionale, la cui interpretazione è *independente* rispetto al cd. *due process*

⁶² La protezione contro le pene manifestamente eccessive, in particolare rispetto all'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti di soggetti condannati per omicidi commessi da minorenni, è stata significativamente indebolita dalla maggioranza conservatrice nella recente decisione *Jones v. Mississippi*, 593 U.S. (2021), sulla quale v., volendo, F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni sotto l'VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Un'analisi critica alla luce della pronuncia della Corte Suprema Jones v. Mississippi 593 U.S. __ (2021)*, in *Ind. pen.*, 2022, 204 ss.

⁶³ Sui dati di "contesto politico" e sulla correlata composizione della Corte con magistrati prevalentemente di nomina repubblicana, ma non tutti riconducibili al cd. *conservative legal movement* (si pensi alle nomine di O'Connor e Kennedy negli anni '80 da parte di Reagan e a quella di Souter da parte di Bush padre nel 1990), che hanno precluso per lungo tempo il superamento di *Roe* e la auspicata de-costituzionalizzazione del diritto all'aborto, ad esempio nella nota sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992, v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 12-13.

⁶⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)

⁶⁵ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

⁶⁶ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982) *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008)

⁶⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)

⁶⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012)

⁶⁹ Sviluppata a partire dal notissimo precedente della Corte Warren, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), ove si stabilì che «*the Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*», essendo la previsione costituzionale posta a presidio antimaggioritario del supremo valore della dignità umana, da interpretarsi inevitabilmente in maniera flessibile, a seconda delle istanze e delle tendenze emergenti nella società americana. Su questo corposo e consolidato filone di precedenti v. autorevolmente C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge (Ma)-London, 2016, 163-165, 272 ss., 304 ss.; K. GREENAWALT, *Interpreting the Constitution*, New York, 2015, 107-133; nella dottrina italiana, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, spec. 6-15, 24-30.

sostanziale⁷⁰, sarà in un futuro prossimo indebolita o finanche ribaltata dalla maggioranza conservatrice attuale.

Ben può essere, all'opposto, che in un ipotetico caso futuro, diversamente da quanto avvenuto per il diritto all'aborto in *Dobbs*, non si ritengano soddisfatti i molteplici criteri relativi allo *stare decisis* costituzionale necessari per disporre l'*overruling*.

Tuttavia, come l'aspro confronto tra opposte tesi sullo *stare decisis* della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs* da ultimo ben dimostra⁷¹, l'ampissimo margine di discrezionalità nella valutazione di tali fattori, di cui giocoforza gode in via esclusiva la (maggioranza della) Corte, non garantisce affatto tale esito "conservativo" del precedente (*a fortiori* se la versione dello *stare decisis* costituzionale è assai "debole", come quella accolta in *Dobbs*⁷²).

Si potrebbe però osservare – cercando rassicurazioni – che il "contesto politico" nel quale è maturata la decisione che ha annullato il diritto costituzionale federale all'aborto e quello del diritto penale sanzionatorio sono sensibilmente diversi.

Nel primo caso, connotato da una selvaggia e perdurante polarizzazione politica che, a partire da *Roe* nel 1973, è andata intensificandosi costantemente, senza mai attenuarsi; nel secondo ambito, invece, raggiunto un picco di "punitivismo" e di supporto diffuso a politiche cd. *tough on crime*, collocabi-

⁷⁰ Si tratta di una "indipendenza" relativa, che necessita alcune precisazioni. Entrambe le previsioni costituzionali (componente sostanziale della *due process clause* del XIV Em. e *cruel and unusual punishment clause* dell'VIII Em.) pongono naturalmente limiti sostanziali alla discrezionalità politica dei legislatori statali e del Congresso nell'esercizio del potere di criminalizzare e punire, a tutela di diritti fondamentali dell'individuo. A conferma del collegamento sistematico tra le due norme, si osservi ad esempio come l'VIII Em. sia stato talvolta utilizzato dalla Corte, seppur in tempi risalenti, per invalidare norme penali precettive (si direbbe) irragionevoli rispetto allo scopo e non soltanto quantificazioni sanzionatorie eccessive rispetto al disvalore del reato, v. ad es. *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), che censura la criminalizzazione del mero *status* di tossicodipendente (una condotta materialmente inoffensiva, diremmo). Dall'altro lato, si osservi come alcuni dei più celebri *substantive due process cases* riguardino l'invalidazione di scelte legislative di criminalizzazione irragionevoli rispetto allo scopo (*Griswold, Roe, Lawrence*). Si noti dunque come la svolta in senso storico-tradizionalistico e restrittivo nel test applicato in *Dobbs* abbia conseguenze significative anche in materia penale, rappresentando un indebolimento dello statuto costituzionale di garanzia, del quale peraltro vi erano già stata avvisaglia in precedenti decisioni, cfr. *Kahler v. Kansas*, 589 U.S. ____ (2020), che applica un cd. *history test* simile a quello di *Dobbs* e ritiene conforme al *due process* sostanziale una disposizione del Kansas *de facto* abolitiva della *insanity defense* (causa di esclusione dell'imputabilità), facendola dipendere esclusivamente dall'eventuale insussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Criticamente sulla decisione si può vedere *amplius* F. COPPOLA-P. INSOLERA, *Sulla (mancanza) di protezione costituzionale dell'insanity defense negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2021, 87 ss.

⁷¹ Si cfr. *Dobbs*, opinione della Corte, 39-72 con *Dobbs*, opinione dissenziente, 30-61.

⁷² Versione "debole" della dottrina del precedente costituzionale vincolante – tutta sbilanciata sul fattore della "quality of precedent's reasoning" – "anticipata" dalla decisione, redatta dallo stesso Alito e condivisa da altri quattro giudici di nomina repubblicana, *Janus v. AFSCME*, No. 16-1466, 585 U.S. ____ (2018), su cui v. B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, 24 settembre 2018, 12-13; criticamente M. GENTILES, *Will Dobbs (and Janus) Overrule Stare Decisis?*, in <https://bit.ly/3DJ3Gjk>, 10 maggio 2022. Invero, se il vaglio per stabilire la vincolatività di un dato precedente dipende soprattutto dalla ritenuta *grave errore* della motivazione e dagli *effetti dannosi* dello stesso, svalutando o comunque sminuendo l'importanza degli altri criteri rilevanti (*Workability of the Precedent's Rule or Standard; Whether the Precedent Is Inconsistent with Related Decisions; Whether There Is a Changed Understanding of Relevant Facts; Reliance on the Precedent*), la dottrina dello *stare decisis* rischia di diventare un vincolo alla discrezionalità giudiziale soltanto virtuale.

le grossomodo nei primi anni del XXI secolo, si è gradualmente sviluppato, negli ultimi quindici anni circa, preso atto dei fallimenti morali ed economici dell'incarcerazione di massa, un vasto e variegato movimento di supporto politico *bipartisan* alla cd. *criminal justice and sentencing reform* (ancorché “frenato” dalla recrudescenza della criminalità violenta in alcune aree urbane seguita alla pandemia e dai problemi di ordine pubblico connessi alle proteste scatenate dall'uccisione di George Floyd)⁷³. Parimenti, la pena capitale, dopo il “via libera” della Corte nel 1976⁷⁴ e un successivo aumento nella frequenza delle condanne e delle esecuzioni culminato sul finire degli anni '90 del XX secolo, ha visto diminuire costantemente i propri numeri, divenendo di fatto sempre più rara e concentrata in poche contee a livello geografico⁷⁵. A livello politico, anche tra i repubblicani non mancano oggi convinte voci abolizioniste⁷⁶.

Questi dati di “contesto politico” fanno forse sembrare più improbabile l'ipotesi di un futuro mutamento giurisprudenziale netto in questo, diverso, settore giurisprudenziale.

Ciononostante, se è vero – come ci avverte la maggioranza in *Dobbs*, nel ripudiare espressamente un aspetto essenziale della più robusta “formulazione” dello *stare decisis* articolata in *Casey* per confermare la sentenza *Roe* – che la Corte non può essere minimamente influenzata nell'esercizio del *judicial review* dalla *public opinion* o dalla valutazione delle conseguenze potenziali delle proprie decisioni nella società (*i.e.* dalla percezione che i cittadini hanno delle stesse, dell'organo, del suo operato, della sua “integrità” quale applicatore tecnico e neutrale delle regole di diritto, in grado di garantire stabilità normativa, a prescindere delle variabili opinioni politiche delle maggioranze di giudici che fisiologicamente si alternano⁷⁷), e se è vero che la dottrina costituzionale della proporzionalità della pena è edificata su una metodologia interpretativa evolutiva, sovente individuata come bersaglio polemico dai giudici di orientamento conservatore/originalista, quale esemplificazione paradigmatica di illegittimo “attivismo giudiziale” progressista antidemocratico (cd. *legislating from the bench*), proprio come *Roe v. Wade*⁷⁸ – se è vero, come credo si possa affermare, tutto ciò – è quanto

⁷³ V. in una letteratura vastissima, da ultimo, l'interessante raccolta di saggi brevi curata dal *Brennan Center For Justice*, intitolata *Punitive Excess* e disponibile all'URL https://www.brennancenter.org/series/punitive-excess?_ga=2.71308307.1058125125.1661771067-1926937139.1658411074.

⁷⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), che confermò la costituzionalità di diverse normative statali che subordinavano l'applicabilità dell'estrema sanzione all'accertamento di circostanze aggravanti dell'omicidio tassativamente definite in sede legislativa (cd. *Guided discretion approach*), ritenute tali da rimediare alla arbitrarietà applicativa precedentemente censurata in *Furman v. Georgia*, dando origine a quell'imponente e complessa elaborazione giurisprudenziale che si suole chiamare *Super due process of death*, in quanto prevede garanzie costituzionali procedurali inapplicabili nel settore delle pene carcerarie, cfr. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., *passim*.

⁷⁵ V. S. BREYER, *Against the Death Penalty*, J.D. BESSLER (ed.), Washington D.C., 2016, 78.

⁷⁶ V. p. e. <https://conservativesconcerned.org/>.

⁷⁷ *Dobbs*, opinione della Corte, 66-69.

⁷⁸ V. ad esempio, tra le moltissime, la aggressiva opinione concorrente di Scalia in *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015) – in risposta alla opinione dissenziente estesa da Breyer e sottoscritta da Ginsburg che sollecitava una rivalutazione complessiva della costituzionalità della *death penalty* – secondo cui *Trop v. Dulles* ha segnato la genesi «della proliferazione di labirintiche restrizioni alla pena capitale, promulgate da questa Corte in forza di un'interpretazione dell'Ottavo Emendamento che le diede autorità di divinare “gli standard di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società in via di maturazione”, un compito per il quale siamo eminentemente inadatti [...] Quel caso ha causato più danno alla nostra giurisprudenza, al nostro sistema federale, e alla nostra società, rispetto ad ogni altro che mi possa venire in mente», ma posizioni analoghe sono state ripetute

meno lecito provare una certa preoccupazione rispetto alla futura possibilità di “tenuta” di questa consolidata *judicial doctrine* di garanzia.

Non è una coincidenza che in una recente intervista (si noti, dettaglio di non poco conto, precedente alla sentenza *Dobbs*), una delle studiosi americane più autorevoli della pena capitale, Carol Steiker, ha affermato che è *possibile*, seppur improbabile, che l'*evolving standards of decency test* e la *capital proportionality doctrine*, che ne costituisce la progenie giurisprudenziale, possano essere in futuro cancellate dall'attuale maggioranza della Corte tramite *overruling*, aggiungendo che è più verosimile ipotizzare un indebolimento/erosione graduale della dottrina, o nella migliore delle ipotesi, un mantenimento dello *status quo* giurisprudenziale⁷⁹.

Si tratta dunque di scenari davvero inquietanti, ma concretamente possibili. Essi – occorre rilevare in conclusione – potrebbero essere forse scongiurati nell'ipotesi (invero piuttosto remota, almeno a parere di scrive) in cui l'attuale maggioranza conservatrice apra in futuro alla possibilità di interpretare espansivamente il divieto di pene crudeli e inusuali su basi originaliste (e non evolutive), riconoscendo nell'*original public meaning* della parola *cruel* un divieto di pene manifestamente sproporzionate in rapporto al disvalore del reato, conformandosi alle indicazioni di parte della dottrina⁸⁰.

5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull'avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema

Tornando alla pronuncia sull'aborto, credo che la sentenza *Dobbs*, da italiani, oltre a ricordarci che i diritti e la democrazia non sono mai scontati e che bisogna sempre sorvegliare e prendersene cura, ci rammenti una volta di più quanto enorme e impattante sia lo strumento (pur essenziale) del controllo di costituzionalità (*judicial review*). Esso richiede, per funzionare efficacemente ed evitare abusi, il

tamente assunte dai giudici ancora oggi in servizio Thomas, Alito, e, possiamo ragionevolmente ipotizzare, vista la loro *judicial philosophy* originalista-testualista, potrebbero essere condivise in futuro da Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Ben potrebbero questi giudici ritenere tutta la *line of cases* succitata «*egregiously wrong*» e «*demonstrably erroneous*», in quanto priva di ogni fondamento nel testo della Costituzione, che prevede espressamente la pena capitale e riserva in via esclusiva agli Stati sovrani ogni valutazione sulla sua regolamentazione (ed eventuale limitazione).

⁷⁹ Si v. intervista di A. COHEN a C. STEIKER, *The Eighth Amendment, the Death Penalty, and the Supreme Court*, in <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/eighth-amendment-death-penalty-and-supreme-court>, 22 febbraio 2022. Si v. pure L. BRONNER, A. THOMSON-DEVEAUX, *Want To Know Where The Supreme Court Goes Next? Look At Alito's And Thomas's Dissents*, in <https://fivethirtyeight.com/features/want-to-know-where-the-supreme-court-goes-next-look-at-alitos-and-thomass-dissents/>, 20 luglio 2022.

⁸⁰ Si v. tra tutti le teorie di J.F. STINNEFORD, *Back to the Future: Originalism and the Eighth Amendment*, in M.J. RYAN, W.W. BERRY III (eds.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, New York, 2020, 28 ss., ove ult. rif. Si noti tuttavia che la auspicata possibilità di rileggere in chiave originalista il senso e la portata della *cruel and unusual punishment clause* per rafforzare lo statuto costituzionale di garanzia, riconoscendo un divieto di pene evidentemente sproporzionate, si scontra non soltanto con la giurisprudenza assai consolidata, costruita integralmente su opposte basi metodologiche evolutive (cd. *living constitution*), cui si è fatto cenno sopra, ma anche con il fatto che l'argomento originalista-testualista in rapporto a tale previsione costituzionale è stato quasi sempre utilizzato in passato per negare la sussistenza di una protezione costituzionale contro le pene eccessive (capitale e detentive), effettivamente non contemplata dal testo della clausola, cfr. p. e. in questo senso la *plurality opinion* di Scalia (condivisa dal Presidente Rehnquist) in *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991), sulla quale v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 20-23.

rispetto di delicati equilibri istituzionali, grande cautela e autolimitazione, nonché senso di altissima responsabilità, da parte non solo di chi lo esercita direttamente, ma anche di tutti gli *attori politici* che contribuiscono alla formazione ed al funzionamento dell'organo⁸¹.

Ancora, la politica come sede più appropriata per compiere scelte etiche e proteggere i diritti, vorrebbe dirci la maggioranza della Corte in *Dobbs*, restituendo i bilanciamenti in via esclusiva ai legislatori statali.

Ma se la politica ormai è ridotta a sterile scontro ideologico e identitario, spesso bloccato e incapace di trovare mediazioni e agire per il bene comune dei cittadini, siamo sicuri sia stata una buona idea riportare la questione nel circuito democratico-rappresentativo?

La forma di *balancing* costituzionale (cd. *undue burden test*) che vigeva, fino a ieri, per vagliare la costituzionalità delle misure limitative del diritto di scelta della donna, a tutela dell'interesse della vita prenatale, era certamente imperfetta, molto discrezionale, incerta e malleabile (questo gli originalisti lo detestano⁸²), ma aveva funzionato dignitosamente, garantendo un livello minimo accettabile di protezione uniforme su scala nazionale, nonostante le spinte criminalizzanti in molti stati.

Si noti poi un aspetto estremamente significativo per capire l'evoluzione storico-politica complessiva: tale *balancing test* era stato elaborato nella *plurality opinion* della sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992⁸³, che riaffermò *Roe*, pur limitandone la portata, da tre giudici supremi *di nomina repubblicana*⁸⁴: O'Connor, Kennedy, Souter; si veda, dunque, come lo sforzo di diffusione di idee nelle università, *think tanks* e l'"indottrinamento", che richiamavo in apertura, in relazione all'approccio originalista – il cd. *conservative legal movement* – abbia finalmente raggiunto uno dei propri obiettivi principali, raccogliendo i tanto attesi "frutti maturi".

Giuristi moderati e *ragionevolmente pluralisti* nei metodi interpretativi, aperti al compromesso e alla mediazione, a valutazioni pragmatiche sulle conseguenze reali delle pronunce sulla vita delle perso-

⁸¹ Senso di responsabilità e delle istituzioni che, credo, difficilmente possa sostenersi abbia costituito la "bussola" della amministrazione Trump e della maggioranza repubblicana al Senato tra il 2017 e il 2021, cfr. p. e. l'analisi di E. GRANDE, *USA, Kavanaugh alla Corte Suprema: verso una dittatura Trump?*, in *Micromega*, 8 ottobre 2018; EAD., *Amy Coney Barrett nel dilemma democratico*, in www.questionegiustizia.it, 27 ottobre 2020.

⁸² Come avvisa la opinione della Corte nella decisione *Bruen* sopra richiamata (16), relativa al diritto ad essere armati in luoghi pubblici per scopi di autodifesa personale, che applica – ripudiando lo standard di giudizio previgente di bilanciamento tra limitazione all'esercizio del diritto a portare armi e ragionevole perseguimento da parte dell'autorità pubblica degli scopi legittimi di protezione della sicurezza pubblica e prevenzione della violenza nelle aree urbane (una forma di cd. *intermediate scrutiny*) – uno standard basato sul testo del II Em. e sulla tradizione storica di precedenti forme e livelli di limitazione legislativa del diritto, da estendersi "per analogia" alle restrizioni attuali, verificandone la conformità alla tradizione: «*reliance on history to inform the meaning of constitutional text — especially text meant to codify a pre-existing right — is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to "make difficult empirical judgments" about "the costs and benefits of firearms restrictions," especially given their "lack [of] expertise" in the field*». Nella opinione dissenziente alla sentenza *Dobbs*, che parimenti ha rigettato il test di bilanciamento giudiziale tra esercizio del diritto di scelta della donna e protezione della vita del nascituro elaborato in *Casey*, per sostituirlo con un *history test* rigido basato esclusivamente sulla tradizione storica di protezione del diritto al massimo livello di specificità, si afferma icasticamente «*To the majority "balance" is a dirty word, as moderation is a foreign concept*» (12).

⁸³ Decisione *Casey*, che aveva confermato la sentenza *Roe*, costituendo dunque un cd. "*precedent on precedent*", parimenti superato dalla sentenza *Dobbs*.

⁸⁴ Per apprezzare ancora oggi la saggezza e l'equilibrio di quella soluzione di compromesso è istruttivo rileggere le belle pagine di J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, 57 ss.

ne, sono oggi quasi estinti di fatto, in un contesto che non è eccessivo definire radicalizzato. E come ha scritto Cassese⁸⁵, l'opinione della Corte in *Dobbs*, ripudiando il compromesso, la mediazione, la cautela, l'autolimitazione – dei quali si trova traccia unicamente nel parere separato del Presidente Roberts che, ormai “isolato”, ha perso la “sua” Corte nel caso verosimilmente più importante della *life tenure*⁸⁶ – ripudia l'essenza della giustizia costituzionale ben amministrata.

Oggi negli U.S.A. assistiamo a violazioni diffuse dell'autonomia e della dignità e diminuzione dello status di pieni cittadini di milioni di donne americane, specialmente di minoranze e meno abbienti⁸⁷, e si ha una politica se possibile ancora più selvaggiamente polarizzata di prima.

Non è neanche vero che la *litigation* costituzionale sull'aborto è finita e che la Corte potrà continuare a professarsi “neutrale” sul tema⁸⁸, anzi ci saranno numerosi casi relativi ad aspetti collegati (ad es. divieti di viaggiare tra Stati per interrompere gravidanza etc.)⁸⁹. Insomma, un quadro estremamente critico.

⁸⁵ S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, in *Corriere della Sera*, 27 giugno 2022.

⁸⁶ Cfr. A. LIPTAK, *June 24, 2022: the Day Chief Justice Roberts Lost His Court*, in <https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/abortion-supreme-court-roberts.html>, 24 giugno 2022. Il noto approccio “minimalista” al controllo di costituzionalità, basato sul *judicial restraint* thayeriano e condiviso da molti giudici supremi del passato (si pensi ad esempio a Frankfurter, al secondo Harlan, a B. White, a Souter), e lo spiccato “istituzionalismo” del *Chief Justice*, che avevano preso il centro della scena all'indomani del pensionamento del giudice Kennedy nel 2018, quando Roberts era divenuto anche giudice “ago della bilancia”, hanno perso gran parte del loro rilievo con la sostituzione di Ginsburg con Barrett nel 2020, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2020, 56 ss., 65-69. Per una analisi critica dell'approccio più cauto del *Chief Justice* in *Dobbs*, che avrebbe confermato la legittimità della legge impugnata, superando il cd. *trimester frameworks* elaborato in *Roe* e ridefinito in senso restrittivo nella successiva *Casey*, senza spingersi a fare *overruling* di tali decisioni, v. il confronto tra A. SMARICK, *John Roberts's Moderate Gambit*, in *Law & Liberty*, 12 luglio 2022 e E.R. CLAEYS, *Minimalism and Formalism in Dobbs*, *ibidem*, 9 agosto 2022.

⁸⁷ Secondo i dati dell'autorevole *Guttmacher Institute*, <https://states.guttmacher.org/policies/>, l'aborto è attualmente illegale in Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas e Wisconsin, con limitate eccezioni. Tutte le discipline vigenti in tali Stati prevedono eccezioni per salvare la vita della donna incinta, ma soltanto alcune prevedono eccezioni in caso di gravidanza causata da stupro o incesto. Per un *focus* sulla disastrosa situazione in Texas, secondo stato dell'Unione per dimensione, che ospita il 9% della popolazione totale, v. J.L. GROSSMAN, *The Trigger Has Been Pulled: Texas's Criminal Ban on Abortion Takes Effect*, in <https://verdict.justia.com/2022/08/25/the-trigger-has-been-pulled-texas-criminal-ban-on-abortion-takes-effect>, 25 agosto 2022.

⁸⁸ Per una acuta analisi di questo aspetto, affrontato in particolare nella *concurring opinion* di Kavanaugh, v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.; nonché O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; criticamente v. Q. CARMENLENGO, *Originalismo e “living constitutionalism”*, tra domanda di costituzione e principi supremi, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

⁸⁹ Una rassegna in W. BAUDE, *Legal Questions about Abortion after Dobbs*, in *The Volokh Conspiracy*, 8 luglio 2022; v. pure J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17. Vale la pena osservare che nell'opinione concorrente di Kavanaugh – il giudice supremo più “moderato” dei cinque nella maggioranza di *Dobbs* e dunque, può ipotizzarsi, “equilibratore” nei casi che potranno essere affrontati in futuro (cfr. p. e. V.D. AMAR, *The Kavanaugh Court?*, in <https://verdict.justia.com/2022/07/05/the-kavanaugh-court>, 5 luglio 2022) – viene affermato con chiarezza che eventuali divieti legislativi di viaggiare da uno stato all'altro per ottenere l'interruzione della gravidanza non sarebbero costituzionalmente tollerabili, in forza del *right to interstate travel* (su cui cfr. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/interstate-travel>),

C'è solo da sperare che il nostro (inteso: Italiano) inserimento in sistemi sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali e i vincoli che ne derivano, insieme all'indipendenza della magistratura, possano contribuire a scongiurare ulteriori simili involuzioni in tema di diritti, che ci sembrano inevitabile portato, su un piano più generale, dell'approccio ideologico e metodologico fatto proprio nell'esercizio del controllo di costituzionalità della maggioranza della Corte suprema in *Dobbs* (e ciò al di là del settore specifico del diritto all'aborto⁹⁰).

Anche la più lungimirante e equilibrata ripartizione tra diversi soggetti del potere di nomina dei giudici costituzionali⁹¹, insieme al mandato temporalmente definito – portato di una Legge fondamentale assai più giovane e moderna – aiutano in tal senso.

Abbiamo visto comunque che il grado di solidità e maturità di un sistema di democrazia costituzionale non è, di per sé stesso, condizione sufficiente ad assicurare la tutela di diritti fondamentali che fino a ieri si dava per scontata.

6. Rule of Law o Rule of Five?

Come diceva William Brennan – giudice associato, in servizio dal 1956 al 1990, “regista” principale⁹² della rivoluzione giudiziaria dei diritti degli anni sessanta (tra gli altri: eguaglianza, *privacy*, libertà d'espressione e di associazione, diritti di partecipazione politica, diritti degli indagati, imputati e condannati, laicità dello Stato), sotto la Corte presieduta da Earl Warren (1953-1969, precedente alla Corte presieduta da Burger, 1969-1986, periodo in cui si colloca la sentenza *Roe*, della cui maggioranza Brennan faceva parte) – bastano *cinque voti* per fare qualsiasi cosa alla Corte Suprema americana (cd. *Rule of Five*)⁹³.

così come sarebbe da ritenersi incostituzionale una sanzione penale introdotta dal legislatore retroattivamente per punire un aborto realizzato prima della sentenza *Dobbs* e delle leggi entrate (o rientrate) in vigore per effetto di quest'ultima decisione. All'opinione separata di Kavanaugh, nella misura in cui si occupa di questioni completamente al di fuori del *devolutum* del ricorso, può forse attribuirsi un preciso significato politico: un “messaggio”, proveniente dal giudice che si trova nella posizione in grado di determinare maggiormente l'esito delle questioni in materia di aborto, indirizzato ad attivisti e *litigators pro life* che potrebbero non accontentarsi della situazione post-*Dobbs*.

⁹⁰ Diversi commentatori (p. e. S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit.), hanno giustamente sottolineato che l'esperienza italiana in materia di disciplina della interruzione volontaria della gravidanza, oggi prevista dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo graduale di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti, del tutto mancato invece negli U.S.A.: la Corte costituzionale (sent. n. 27/1975), i cittadini (prima con la raccolta delle firme per il referendum del 1975 e poi con il voto referendario del 1981, che ha respinto gli opposti quesiti, di matrice cattolica e radicale, sulla legge 194), lo stesso legislatore. Una soluzione più moderata (e forse più equilibrata) di quella statunitense, che sembrerebbe mostrare che là dove contrasti fortissimi su questioni eticamente divisive si compongono in via democratica, c'è maggiore possibilità che il compromesso resista al tempo.

⁹¹ S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; si v. in senso parzialmente diverso le interessanti osservazioni di G. DI FEDERICO, *La Corte costituzionale non è di tutti*, https://www.ilrifirmista.it/la-corte-costituzionale-non-e-di-tutti-165797/?refresh_ce, 6 ottobre 2020.

⁹² Si v. al proposito l'approfondito lavoro di S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, Boston-New York, 2010, *passim*; in lingua italiana v. F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton (NJ), 1999, trad. It. *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004.

⁹³ V. ad es. M. TUSHNET, *Rule of Law or Rule of Five?*, in <https://bit.ly/3IOAO8F>.



Purtroppo questa “regola” – che ben esprime, icasticamente e con spietato realismo, l'enorme potere dell'organo – è stata oggi applicata per scopi esattamente opposti a quelli di allora.

Questi ultimi, seppur forse con taluni eccessi⁹⁴, erano in definitiva ben più *coerenti*⁹⁵, a livello normativo, con il disegno e, soprattutto, con i valori costituzionali personalistici⁹⁶ (eguaglianza, dignità, au-

⁹⁴ *Roe* è stata decisa dalla “prima” Corte Burger, la cui giurisprudenza, nonostante il mutamento di diversi componenti del collegio rispetto alla Corte Warren, specialmente nei primi anni di attività, si può ricostruire in termini di parziale continuità con quest'ultima, sotto il profilo dell'attivismo giudiziale [v. p. e. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) sulla pena capitale; in generale v. J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992]. Utilizzo il termine “eccesso” riferendolo a *Roe* perché si può discutere (e tantissimo si è discusso) ovviamente sulla correttezza e sulla solidità del *reasoning* della sentenza nell'individuare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella *liberty* della *due process clause* (e non, ad esempio, nell'*equal protection clause* del XIV Em.), sul fatto che la stessa sia intervenuta in maniera troppo affrettata, interrompendo il processo politico e imponendo antidemocraticamente dall'alto una soluzione rigida in tutta la nazione, sul fatto che il cd. *trimester framework* collegato alla *viability* del feto assomigliasse terribilmente ad una rabberciata regolamentazione legislativa della materia. Infatti, molti studiosi (Cox, Ely, Tribe, Bobbitt, Amar, Tushnet) e giudici (Ginsburg) di orientamento *liberal* – citati dalla Corte in *Dobbs* – hanno criticato severamente la decisione per queste ed altre ragioni. Come si è osservato in maniera convincente, tuttavia, alcune delle autorevoli posizioni richiamate (Ely, Tribe, Bobbitt, Ginsburg) ritenevano criticabile il percorso motivazionale e la tempistica della decisione, ma non certo il suo *risultato/dispositivo*, ossia l'affermazione del *fondamento costituzionale* del diritto all'aborto – dunque correttamente riaffermato in *Casey* – così non potendo supportare in alcun modo il drammatico cambiamento dell'*overruling* effettuato in *Dobbs*. Cfr. M.C. DORF, *Dobbs Double-Cross: How Justice Alito Misused Pro-Choice Scholars' Work*, <https://verdict.justia.com/2022/07/06/dobbs-double-cross-how-justice-alito-misused-pro-choice-scholars-work>, 6 luglio 2022. Sulla piena adesione espressa da Ely alla decisione *Casey*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 179 ss.

⁹⁵ Credo che non sia inutile domandarsi quali siano – se individuabili – la coerenza normativa rispetto ai valori costituzionali e la “visione” della maggioranza della Corte Suprema di orientamento originalista oggi “dominante”. Sarebbe semplicistico ed erroneo – perché smentito dai fatti – affermare che questa metodologia ermeneutica è esclusivamente funzionale (servente) a produrre sempre, coprendoli con un velo di neutralità, esiti decisorii graditi al partito repubblicano e all'ideologia conservatrice (si v. p. e., volendo, con riguardo alle tendenze garantiste in materia penale e processuale penale, P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali*, cit., 132 ss.). Certamente, tale impostazione ha avuto storicamente dei meriti, primo fra tutti quello di restituire centralità e vigore ai limiti all'attività interpretativa giudiziale posti dal *testo* della Costituzione (e della legge ordinaria nella *statutory interpretation*), a presidio del principio di separazione dei poteri, migliore strumento di protezione dei diritti individuali, ricordando così che la sede appropriata per recepire le nuove istanze di tutela emergenti dalla società è anzitutto quella legislativa, non quella giurisdizionale. Vero ciò, vale la pena osservare però che una difesa dell'originalismo ancorata in via prevalente o esclusiva alla eliminazione (o quanto meno alla riduzione) della discrezionalità giudiziale funzionale al rispetto del principio democratico (cd. *self government*) e della separazione dei poteri si mostra difficilmente sostenibile, perché contraddetta da numerosissime pronunce nelle quali maggioranze costituite da giudici di nomina repubblicana, spesso di professata “fede” originalista, hanno invalidato scelte effettuate da organi democraticamente legittimati locali, statali e federali in maniera senza dubbio “attivistica”, sconfessando i capisaldi della dottrina (gli esempi sono tanti: si pensi, senza pretesa di completezza, alle decisioni creative ed espansive dei cd. *gun rights*, all'invalidazione delle azioni positive, all'abbattimento dei limiti legislativi ai finanziamenti alla politica, all'annullamento di disposizioni fondamentali del *Voting Rights Act*). Questo tipo di decisioni getta una forte ombra sulla genuinità e sulla “buona fede” dell'impresa originalista *tout court*, e suffraga le critiche di chi – realisticamente consapevole che sia *impossibile* escludere del tutto valutazioni politiche e di valore dal giudizio di costituzionalità nei “casi difficili” – sostiene che tale dottrina sia spesso impiegata in maniera incoerente, se non tendenziosa, intenzionalmente selettiva ed ideologicamente orientata. Si v. ad es. tra molti E. CHEREMINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010; G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equal-*

tonomia etc.), intesi anche (anzi, *soprattutto*) nella loro interrelazione sistematica⁹⁷, nonché supportati da una legittimazione della Corte nel contesto istituzionale e sociale diversa, figlia di stagioni politiche oggi ormai dimenticate.

ty. *The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, 2020, 11-12, 158 ss., 173-174; M.J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 134, 1, Nov. 2020, 1 ss., spec. 178-231.

⁹⁶ Si utilizza tale termine forse in maniera impropria, rispetto al costituzionalismo americano, le cui radici per ragioni culturali ed “anagrafiche” non affondano nello stesso retroterra ideologico-culturale di matrice cattolica che fa da sfondo, ad esempio, al principio personalista della nostra Carta fondamentale di cui all’art. 2. È opportuno allora precisare che il personalismo può nondimeno riferirsi all’elaborazione sul *due process* sostanziale, così come in relazione a quella inerente a diverse altre disposizioni costituzionali (p. e. *cruel and unusual punishment clause*, *equal protection clause*, presidi forniti dal I Em sulla libertà d’espressione e di culto, clausole a tutela dell’imputato o indagato), considerando come il supremo valore della dignità umana – pur testualmente assente nella Costituzione americana – ricorra assai di frequente nelle argomentazioni a sostegno dell’ampliamento delle varie sfere di libertà individuale, e costituisca dunque il sostrato assiologico condiviso del *Bill of Rights*, potendo contribuire ad una lettura logico-sistematica ed evolutiva delle varie clausole, pur “formalmente” separate. È interessante notare che l’argomento basato sulla dignità umana è stato valorizzato, a sostegno di letture evolutive ed espansive delle *civil liberties* in diverse aree giurisprudenziali, soprattutto da giudici di religione cattolica, tra i quali Frank Murphy, Anthony Kennedy, nonché, su tutti, William Brennan. Cfr. in generale S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, cit., 545; volendo, P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 104 e nota. 21, ove ult. rif.; M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. It’s Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 249-50, 391-93; M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 741 ss., 757 ss.; R.J. SMITH, Z. ROBINSON, *Constitutional Liberty and the Progression of Punishment*, in *Cornell L. Rev.*, 2017, 413 ss., in part. 456-468.

⁹⁷ Si prendano ad esempio, con specifico riguardo alla precipua importanza di una interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, orientata alla tutela dei valori personalistici, le note – e pur molto diverse tra loro – impostazioni ermeneutiche sulle quali si fondò la stessa sentenza *Roe* per ritenere il *right to choose* della donna protetto dalla Costituzione, pur in assenza di alcuna previsione testuale espressa. Da una parte, pur senza recepirne il *reasoning* (ma richiamandone alcuni passaggi argomentativi), la decisione *Griswold v. Connecticut*, che individuò, per vero cripticamente, la base normativa di un diritto costituzionale di *privacy* sufficientemente ampio da proteggere l’utilizzo degli anticoncezionali nei cd. *penumbra rights* promanati da diversi emendamenti (I, III, IV, V, IX, XIV); per una recente discussione critica di questa elaborazione, rimasta isolata, v. G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gentium*, XIV, 2, 2017, 63 ss., ove ult. rif. Dall’altra, la teorica dell’*incorporation* e del *substantive due process* che, più in linea con la giurisprudenza precedente, individua la sede appropriata per offrire protezione ai diritti della persona non enumerati dal *Bill of Rights*, purché essi siano «*implicit in the concept of ordered liberty*» o «*deeply rooted in this Nation’s history and tradition*», nella *liberty* della *due process clause* del XIV Em. – adottata da *Roe* e nelle decisioni successive – che fu enunciata nella già richiamata opinione dissenziente del secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) e poi nella sua *concurring opinion* in *Griswold*, il quale sottolineò la necessità di interpretare la Costituzione in maniera cautamente evolutiva, attraverso un graduale *common law judging*, limitato dalla tradizione storico-giuridica e dall’aderenza al precedente, per ricostruire e, se del caso, ampliare le sfere di libertà individuale, conformemente alle evoluzioni sociali. Si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss. In quell’*opinion* si gettarono le basi teoriche per lo sviluppo della linea giurisprudenziale: «*La piena portata della libertà protetta dalla Due Process Clause non può essere individuata o limitata dalle precise parole delle specifiche garanzie previste altrove nella Costituzione. Questa “libertà” non si risolve in una serie di affermazioni separate ed individuate nei termini di regole sull’espropriazione; di libertà di parola, di stampa, e di religione; di diritto a possedere e portare armi; di libertà da perquisizioni o sequestri irragionevoli; e così via. Essa costituisce un continuum razionale che, in termini generali, ricomprende una libertà da tutte le imposizioni sostanzialmente arbitrarie e dalle limitazioni non supportate da alcuno scopo legittimo [...] e che riconosce an-*

Qualche ulteriore osservazione esplicativa sulla Corte Warren si rende invero necessaria.

Non è certo questa la sede per discutere dei meriti e dei limiti di quella indimenticata stagione giurisprudenziale – i cui approdi sono stati peraltro in buona parte “depotenziati” nei decenni successivi, da Corti con maggioranze di orientamento più conservatore – oggetto delle più diverse valutazioni, anche di segno opposto, in una vastissima letteratura.

Sia allora sufficiente ricordare, in estrema sintesi, come la visione politica e costituzionale di quella Corte, soprattutto tra il 1962 e il 1969, inserendosi in una più ampia fase di progresso e avanzamento nella tutela dei diritti nella società e nella politica statunitense (e contribuendo protagonisti alla stessa), era animata dalla consapevolezza che il proprio ruolo primario nell'ordinamento fosse proteggere i diritti delle minoranze dagli abusi delle maggioranze al potere. Ciò attraverso un intervento correttivo nelle ipotesi di malfunzionamento strutturale del processo politico, tali da determinare l'esclusione o comunque precludere la piena partecipazione attraverso la rappresentanza (ad es. tramite restrizioni all'esercizio del diritto di voto, alla libertà d'espressione, all'associazionismo), ovvero nel caso in cui le leggi, pur essendo state emanate in esito ad un processo democratico partecipato, si fossero indirizzate per pregiudizio e/o ostilità a detrimento di cd. *discrete and insular minorities* (p. e. afroamericani, minoranze etniche in generale, dissidenti politici, minoranze religiose, stranieri, soggetti coinvolti nella giustizia penale).

Di qui la robustissima protezione dei *voting rights*, del *free speech* e dell'*equal protection of laws* (si pensi, anzitutto, alla celebre *Brown v. Board of Education*, che censurò la segregazione razziale nelle scuole⁹⁸).

Al fondo di questo approccio – secondo una autorevole e influente impostazione⁹⁹ – vi era dunque anzitutto la volontà di *rafforzare* tramite il *judicial review* i meccanismi della democrazia rappresen-

che quello che un giudizio ragionevole e attento deve riconoscere, cioè che determinati interessi richiedono uno scrutinio particolarmente rigoroso delle esigenze che lo Stato afferma per giustificare la loro compressione». Questo approccio – ripudiato *in toto* dalla opinione della Corte in *Dobbs* – viene richiamato adesivamente dall'opinione dissenziente in *Dobbs* (18), e vanta certamente un grado di consolidamento nella tradizione giuridica e costituzionale statunitense maggiore del cd. *history test* applicato dalla maggioranza, volto ad identificare la tradizione storica di protezione di un determinato diritto al *massimo livello di specificità* possibile, prima minoritario in giurisprudenza: *Washington v. Glucksberg*; *Michael H. v. Gerald D.*; *Bowers v. Hardwick* (overruled da *Lawrence v. Texas*), v. sul punto, tra molti, le persuasive osservazioni di J.P. STEVENS, *The Making of a Justice*, New York, 2019, 516-520, sulla metodologia del cd. *rational continuum of ordered liberty*, cfr. *supra* note 8-11.

⁹⁸ Sentenza che, *per incidens*, sebbene venga citata ripetutamente dalla maggioranza in *Dobbs* per giustificare l'*overruling* di *Roe* – e *Brown* effettivamente “capovolve” la notoria decisione *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), che aveva convalidato la segregazione razziale in base alla dottrina cd. *separate but equal* – assai difficilmente può essere difesa sulla base di argomentazioni originaliste, essendo pressoché incontrovertibile che coloro che proposero e ratificarono il XIV Em. nel 1868 non intendessero vietare la segregazione razziale nelle scuole, v. p. e. A. LIPTAK, *The Abortion Decision, Haunted by the Ghost of Brown v. Board of Education*, <https://www.nytimes.com/2022/08/01/us/politics/abortion-brown-board-education.html>, 1 agosto 2022.

⁹⁹ Si v. la notissima tesi a supporto “postumo” della giurisprudenza della Corte Warren, a partire dalla celebre *footnote 4* della decisione *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), di J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Ma) – London, 1980, che, come ricordato dalla stessa maggioranza in *Dobbs*, era aspramente critico di *Roe v. Wade*, considerandola una illegittima sostituzione della scelta democraticamente legittimata con le preferenze politiche della maggioranza dei giudici, perciò indistinguibile dalle sentenze della cd. *Lochner Era*. In quella celeberrima nota a piè di pagina, come noto, si affer-



tativa, intesa in senso procedurale e deliberativo (cd. *representation reinforcement theory*), ed impedire che chi fosse in una posizione di potere potesse abusarne allo scopo di mantenerlo o rafforzarlo. Ciò in maniera tendenzialmente il più *neutrale* possibile¹⁰⁰, senza sostituire indebitamente nel *judicial review* i giudizi di valore espressi dagli organi democraticamente legittimati (contrariamente a quanto avvenuto nella cd. *Lochner Era*, il cui approccio “attivista” era stato unanimemente ripudiato come illegittimo)¹⁰¹.

mò che, ferma la forte presunzione di legittimità della regolamentazione legislativa in materia economico-sociale, superabile solo in caso di manifesta irrazionalità, lo scrutinio di costituzionalità avrebbe potuto essere più penetrante nei casi di violazione dei diritti specificamente previsti dai primi dieci Emendamenti, nonché nelle ipotesi in cui l'accesso al circuito democratico-rappresentativo fosse stato ostruito in ragione di vizi strutturali che impedivano la piena partecipazione, ovvero inficiato da pregiudizio esplicito nei confronti di minoranze “separate ed insulari”: «*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restrict those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*».

¹⁰⁰ Moltissime sono state in dottrina, invero, le critiche alla effettiva possibilità di determinare in maniera “neutrale”, senza muovere da una particolare visione di giustizia sostanziale e di moralità politica, i casi di malfunzionamento del processo politico e (soprattutto) di individuare le cd. minoranze separate ed isolate, in sintesi v. p. e. M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, 59 ss.

¹⁰¹ Durante la cd. *Lochner Era* (ca. 1887-1937, che, come noto, prende il nome dalla decisione *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, nella quale la Corte statui che una legge dello Stato di New York che fissava l'orario massimo di lavoro per i panettieri a tutela della loro salute – 10 ore al giorno o 60 ore settimanali – violava il diritto alla libertà contrattuale contenuta nel *due process* sostanziale del XIV Em.) si assistette all'utilizzo abusivo e antidemocratico della componente sostanziale della *due process clause* per invalidare sistematicamente la legislazione economico-sociale d'ispirazione progressista, in base ad una visione politico-economica esasperatamente liberista della maggioranza dei membri della Corte suprema (cd. *economic substantive due process*). Sulla *Lochner Era* v. senza pretesa di completezza E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 624-645; M. LERNER, *The Early Career of Judicial Activism*, in Id., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle. Great Judges and Cases of the Supreme Court*, New York, 1994, ed. 2017, 37 ss.; M. TUSHNET (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, 2008, 81 ss., 101 ss.; M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 137 ss. Nella letteratura di lingua italiana: G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 43 ss.; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Parigi, 1921, trad. it. a cura di R. D'ORAZIO, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, 1996; più di recente v. S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, 65-121; A. PIN, *La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, 106 ss.; E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Padova, 2018, 93 ss.

Strettamente connessi alla suddetta visione politico-costituzionale, tra i lasciti più significativi della Corte Warren possono annoverarsi l'elaborazione e il consolidamento del cd. scrutinio a tre velocità, ossia dei diversi cd. *standards of review* o *tiers of scrutiny*¹⁰².

Come noto, in questo "modello" – per vero solo "tendenziale", non sempre coerentemente osservato nella giurisprudenza della Corte – mentre nel sindacato sulla legislazione economico-sociale (sistematicamente invalidata nella *Lochner Era*) deve applicarsi un test minimale di razionalità, estremamente deferenziale nei confronti delle scelte del legislatore (*rational basis test*¹⁰³), nel vaglio di legittimità costituzionale delle misure limitative dei diritti fondamentali della persona (oggetto di cd. *incorporation* e resi in gran parte applicabili rispetto all'azione delle autorità statali e locali in quella stagione giurisprudenziale) e in materia di eguaglianza, rispettivamente per il bilanciamento tra perseguimento dell'interesse pubblico/tutela dei diritti individuali e la verifica delle razionalità/coerenza

¹⁰² È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema "a tre velocità". Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia "sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo". In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo "importante". I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve ritenere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che «*le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione*»; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che «*la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di commercial speech ha l'onere di giustificarla*». Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (cd. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui cd. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti cfr. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 683 ss.; M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law*, cit., 142 ss. In giurisprudenza, e nel settore dei diritti impliciti in particolare, sono stati elaborati molti livelli e forme di test di bilanciamento flessibile, non precisamente inquadrabile nelle tre categorie sopra descritte, v. *supra* nota 10.

¹⁰³ Ora applicato anche alla legislazione in materia di aborto, cfr. *Dobbs*, 77-79.

in rapporto allo scopo delle *rationes distinguendi* alla base delle scelte normative, si applica uno scrutinio “stretto” o comunque rafforzato (*heightened*), più penetrante ed esigente (cd. “intermedio”¹⁰⁴). Si tratta di una giurisprudenza estremamente moderna e ancora attuale, che, al netto di alcune differenze sostanziali e terminologiche, *mutatis mutandis* richiama diversi elementi strutturali dei test di ragionevolezza e proporzionalità, oggi comunemente applicati dalla gran parte delle alte corti nazionali e sovranazionali del mondo per scrutinare il fondamento giustificativo delle azioni dei pubblici poteri¹⁰⁵. Tra questi figurano anche – è solo un esempio – i controlli di ragionevolezza e proporzionalità in generale¹⁰⁶, e sulle norme penali in particolare, da parte della Corte costituzionale italiana¹⁰⁷. Le recenti applicazioni di test “rigidi” (v. le sentenze *Dobbs*, *Bruen*, ma anche *Kennedy v. Bremerton School District* in materia di libertà religiosa¹⁰⁸), che si vorrebbero neutrali e oggettivi, basati sul testo, sulla storia e sulla tradizione¹⁰⁹ di protezione di un determinato diritto al massimo livello di specificità, vanno dunque letti anche come *tendenziale ripudio*, da parte dell’attuale maggioranza della Corte, di standard giudiziali multifattoriali di bilanciamento considerati eccessivamente “aperti” e discrezionali, dunque manipolabili in base alle visioni soggettive dei giudici e tali da sfociare nell’illegittimo *judicial policymaking*¹¹⁰, che erano sopravvissuti in larga parte alle Corti Burger, Rehnquist e alla “prima” Corte Roberts¹¹¹.

¹⁰⁴ L’*intermediate scrutiny*, come noto, si applica di norma nel giudizio delle doglianze di incostituzionalità per violazione dell’*equal protection clause* del XIV Em. relative a norme che realizzano discriminazioni di genere, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 769 ss.

¹⁰⁵ V. in una letteratura ampia p. e. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, spec. 53-66; V.C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale Law Journal*, 2015, 3094 ss.; AA.VV., in V.C. JACKSON, M. TUSHNET (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, London, 2017, spec. 103 ss.

¹⁰⁶ V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, New York, 2016, 67 ss., spec. 74 ss.

¹⁰⁷ Non è una coincidenza che autorevole dottrina abbia fatto riferimento proprio alla cd. *representation reinforcement theory* per supportare le più recenti evoluzioni del controllo di costituzionalità in materia penale sanzionatoria e penitenziaria, divenuto ben più penetrante rispetto al passato, con il superamento delle cd. rime obbligate, proprio sul presupposto che i soggetti *condannati* in sede penale sono privi di ogni potere e capacità di esercitare la propria influenza del circuito democratico-rappresentativo v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 319 ss., ove ult. rif.; v. anche N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 39 ss.

¹⁰⁸ 597 U.S. ____ (2022), decisione presa a maggioranza 6 a 3 dai giudici di nomina repubblicana, che, sulla base di argomentazioni storico-originaliste, accorda prevalenza incondizionata alla tutela della libertà religiosa (*Free Exercise Clause* del I Em.) di un allenatore di football della squadra di una scuola pubblica statale che pregava dopo ogni partita in mezzo al campo, disconoscendo così del tutto le istanze di tutela connesse al principio di laicità dello Stato (*Establishment Clause* del I Em.), e superando altresì un test di bilanciamento flessibile precedentemente applicato in giurisprudenza.

¹⁰⁹ Come è ben noto alla ricerca storiografica, peraltro, lo stesso concetto di tradizione è estremamente malleabile e si presta ad essere utilizzato anche per supportare, giustificare e conferire autorità a pratiche in realtà del tutto nuove, che non trovano alcun antecedente omologo o simile nel passato vicino o lontano, ponendosi anzi in rapporto di forte discontinuità, se non di rottura, con lo stesso, cfr. sul punto l’istruttivo volume di E.J. HOBBSBAMM, T. RANGER (a cura di), *L’invenzione della tradizione*, Torino, 2002, in part. 3-17.

¹¹⁰ Sugli effetti potenzialmente deflagranti di tale approccio in numerose aree giurisprudenziali nella quali sono consolidate da tempo diverse forme di bilanciamento cd. *means-ends scrutiny* v. i condivisibili rilievi di D. COLE, *Egregiously Wrong: The Supreme Court’s Unprecedented Term*, in *The New York Review of Books*, August 18, 2022 issue; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact of the SCOTUS Turn to History*,

Il problema è però – come già detto – che la discrezionalità non viene affatto eliminata, ma soltanto “trasferita” surrettiziamente alla fase della selezione ed interpretazione delle (sempre ambigue) fonti storiche e normative nella valutazione della tradizione costituzionale di protezione di un determinato diritto¹¹².

La storia – è noto – non potrà mai essere scienza oggettiva, neutrale ed avalutativa; lo diventa ancor meno nelle mani dei giuristi¹¹³, e in particolare di giudici chiamati a decidere tra opposte tesi per dirimere concrete controversie¹¹⁴.

7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense

La credibilità della Corte Suprema quale garante imparziale del *rule of law*, la sua legittimazione istituzionale, nonché l'accettazione e il rispetto delle sue decisioni come *legittime* da parte delle istitu-

<https://verdict.justia.com/2022/10/26/the-injustice-insincerity-and-destabilizing-impact-of-the-scotus-turn-to-history>, 26 ottobre 2022. Sulle ragioni dell'ostilità originalista-testualista nei confronti degli standard di bilanciamento, in specie nel pensiero di Antonin Scalia, v. G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 88-94.

¹¹¹ Osservava ad esempio di recente M.C. DORF, *Requiem for Reinhardt, Chief Justice of the Warren Court in Exile*, in <https://verdict.justia.com/2018/04/04/requiem-reinhardt-chief-justice-warren-court-exile>, 4 aprile 2018: «le Corti Burger e Rehnquist avevano lasciato in gran parte intatte le norme costituzionali di procedura penale elaborate dalla Corte Warren, ma ne avevano minato l'impatto formulando ed espandendo un'ampia gamma di eccezioni e limiti ai rimedi giudiziari. L'osservazione vale anche al di là della procedura penale e si è protratta nell'era della Corte Roberts. In misura notevole, quasi cinque decenni dopo che Earl Warren si è ritirato dalla carica di presidente della Corte, i precedenti della Corte Warren definiscono le dottrine costituzionali fondamentali, anche se le Corti Burger, Rehnquist e Roberts hanno ridotto l'efficacia nel raggiungere gli obiettivi di giustizia sostanziale di tali dottrine».

¹¹² Sulla distanza tra utilizzo pervasivo di test di bilanciamento multifattoriali oggi diffuso nel cd. costituzionalismo globale e aperta ostilità verso gli stessi da parte della maggioranza originalista della Corte Suprema U.S.A., v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

¹¹³ Cfr. però le interessanti osservazioni di W. BAUDE, *Of course the Supreme Court needs to use history. The question is how*, in <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/08/08/supreme-court-use-history-dobbs-bruen/>, 8 agosto 2022, il quale, pur non lesinando critiche al modo in cui le fonti storiche sono state concretamente interpretate e utilizzate nelle argomentazioni delle sentenze *Bruen* e *Dobbs*, sottolinea come, anche alla luce dell'epoca assai risalente in cui furono emanati e ratificati la Costituzione, il *Bill of Rights* e molti altri atti normativi statunitensi ancora oggi vigenti, sia non soltanto inevitabile fare ampio uso della storia, ma anche imprescindibile per conferire coerenza e la massima misura possibile di oggettività alla interpretazione giudiziale.

¹¹⁴ Sulla manifesta erroneità e tendenziosità delle analisi storiche effettuate in *Dobbs* dalla maggioranza v. p. e. il comunicato congiunto dell'American Historical Association e dell'Organization of American Historians, *History, the Supreme Court, and Dobbs v. Jackson: Joint Statement from the AHA and the OAH (July 2022)*, in [https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-\(july-2022\)](https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-(july-2022)); M. VALSANIA, *Abortion decision cherry-picks history – when the U.S. Constitution was ratified, women had much more autonomy over abortion than during 19th century*, in <https://theconversation.com/abortion-decision-cherry-picks-history-when-the-us-constitution-was-ratified-women-had-much-more-autonomy-over-abortion-decisions-than-during-19th-century-185947>, 6 luglio 2022; per quanto riguarda *Bruen*, cfr. S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions*, in <https://www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/>, 27 giugno 2022. In generale v. S. LUBET, *The Supreme Court's Selective History*, in <https://thehill.com/opinion/judiciary/3575292-the-supreme-courts-selective-history/>, 27 luglio 2022; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact*, cit.

zioni politiche e della cittadinanza¹¹⁵ – prima e più in alto, si badi, della ritenuta *correttezza giuridica* delle statuizioni e delle argomentazioni offerte a supporto delle stesse – si fonda in ultima analisi su un delicato equilibrio tra molteplici fattori, messo sotto forte stress nella recente esperienza statunitense¹¹⁶.

Lo “strappo” certamente costituito dalla presidenza Trump (“momento costituzionale” assai traumatico e lacerante per gli U.S.A.), la conseguente modalità e soprattutto *l’estrema velocità* del cambiamento di *judicial doctrines* fondamentali e sedimentate, di cui non ha esitato a dare muscolare prova la irrobustita (e impaziente¹¹⁷) maggioranza della Corte in questo *October Term* 2021, rappresentano fattori di discontinuità rispetto ad una lunga fase, cominciata all’inizio degli anni settanta del XX secolo e terminata nel 2018-2020 (con le nomine di Kavanaugh nel 2018 e, soprattutto, di Barrett nel 2020), nella quale, pur a fronte di un complessivo (ma graduale) spostamento in senso conservatore in molteplici ambiti, intensificatosi con la Corte Roberts (dal 2005)¹¹⁸, il mantenimento della stabilità giurisprudenziale era stato in più occasioni un valore effettivamente tenuto in considerazione, e non soltanto dalle componenti più “moderate” della Corte¹¹⁹.

¹¹⁵ Molte sono state le accuse di *illegittimità* (e non soltanto di *erroneità*) nei confronti della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. D. LITHWICK, N.S. SIEGEL, *The Lawlessness of the Dobbs Decision*, in <https://slate.com/news-and-politics/2022/06/dobbs-decision-glucksberg-test-lawlessness.html>, 27 giugno 2022.

¹¹⁶ Si v. p. e. di recente, con varietà di accenti, S. BREYER, *The Authority of the Court and the Perils of Politics*, Cambridge (Ma)-London, 2021; R.H. FALLON, JR., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge (Ma)-London, 2018.

¹¹⁷ Oltre alle pronunce di merito, un ulteriore “indice” dell’“impazienza” dell’irrobustita ala conservatrice della Corte è costituito da alcune decisioni molto discusse emesse in via emergenziale, nel c.d. *shadow docket* [cfr. in dottrina, per l’introduzione della fortunata locuzione, W. BAUDE, *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in *N.Y.U. J.L. & Liberty*, 2015, 1 ss.], impiegato, secondo molti osservatori, in maniera impropria, se non del tutto spregiudicata. Si tratta, sotto il profilo procedurale, di quella porzione “emergenziale” del ruolo della Corte che comprende i casi che non vengono decisi nel merito (senza pieno contraddittorio cartolare, discussione orale, incontro dei giudici in camera di consiglio), ma con *orders*, spesso privi di compiuta argomentazione a supporto dei voti (e, dunque, con meno trasparenza). Si pensi, in particolare, ai numerosi cd. “ricorsi dell’ultimo minuto” dei prigionieri nel *death row* per sospendere l’esecuzione già fissata. Negli ultimi anni, tuttavia, specialmente durante l’amministrazione Trump, le richieste di sospensione delle normative in via emergenziale hanno determinato sempre più di frequente l’adozione di provvedimenti con enormi conseguenze per i diritti dei cittadini statunitensi su scala nazionale. Da ultimo, e di fatto anticipando l’esito di *Dobbs*, si pensi al rifiuto da parte della Corte – con dissenso del Presidente Roberts e dei tre giudici dell’ala progressista – di sospendere prima della sua entrata in vigore una legge texana, (allora) manifestamente incostituzionale, che proibiva l’aborto dopo le prime 6 settimane di gravidanza, e che prevedeva altresì – in maniera inusitata ed allo specifico scopo di rendere più complicato sul piano procedurale il *judicial review* da parte delle corti federali – l’applicazione non già da parte delle autorità statali, demandando a «*private individuals to bring lawsuits against anyone who either provides or “aids or abets” an abortion*», ricompensando chi denuncia all’autorità con un risarcimento danni di 10.000,00 dollari. Cfr. A. HOWE, *Supreme Court leaves Texas abortion ban in place*, <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-court-leaves-texas-abortion-ban-in-place/>, 2 settembre 2021.

¹¹⁸ V. p. e. G.R. STONE, *The Roberts Court, Stare Decisis and the Future of Constitutional Law*, in *Tulane Law Review*, 2008, 1533 ss., spec. 1538-1540.

¹¹⁹ Tra i numerosi esempi, oltre alla stessa sentenza *Casey*, può richiamarsi la opinione della Corte firmata dal Presidente Rehnquist in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) con la quale la Corte si rifiutò di sancire l’*overruling* della celebre pronuncia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), ove si affermò che il V Em. impedisce ai pubblici ministeri di utilizzare le dichiarazioni di una persona rilasciate in risposta a un interrogatorio in custodia della polizia come prova al processo, a meno che non si possa dimostrare che la persona sia stata in-

In tale contesto, pur estremamente eterogeneo e difficilmente riconducibile a una matrice unitaria – si parla in effetti di circa cinquant'anni – il frequente *mancato allineamento* tra provenienza politica della nomina presidenziale e successivi orientamenti di voto di diversi giudici supremi (che rispecchiava un minore tasso di polarizzazione politica in generale e nelle nomine/ratifiche giudiziarie federali in particolare¹²⁰), insieme alle ricorrenti evoluzioni modificative della loro *jurisprudence* nel corso dello (spesso lungo e cresciuto di pari passo con l'aumento dell'aspettativa di vita media) servizio *on the bench*¹²¹, giocava un ruolo decisivo nel preservare e corroborare¹²² l'immagine esterna del supremo collegio quale arbitro indipendente e neutrale, e non luogo di scontri partigiani e divisioni identitarie, simile ad un parlamento¹²³.

Oggi abbiamo visto che l'attuale maggioranza della Corte – forse inevitabilmente, visto il contesto politico che l'ha in prevalenza prodotta, luogo di irrazionale scontro identitario e non certo di mediazione e sintesi – ha inteso intraprendere una strada diversa, della quale si fa fatica a vedere il punto di arrivo e che, alla luce della rigidità dottrinale e ideologica dei suoi componenti – dai quali sembra dif-

formata del diritto di consultare un avvocato prima e durante l'interrogatorio e del diritto di non autoincriminarsi prima dell'interrogatorio della polizia, e che l'imputato non solo abbia compreso questi diritti, ma vi abbia volontariamente rinunciato. Tale *constitutional rule*, da sempre oggetto di costanti attacchi conservatori, in quanto frutto di una asserito illegittimo "attivismo giudiziale" da parte di giudici *soft on crime*, che avrebbe avuto effetti devastanti nel contrasto al crimine negli U.S.A. causando l'incremento dello stesso negli anni settanta e ottanta del XX secolo, fu riaffermata nel suo contenuto essenziale (pur essendo stata indebolita tramite numerose "eccezioni" nel *case law* successivo) facendo riferimento al fatto che ormai fosse «*embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture*».

¹²⁰ Un punto di "rottura", dopo il quale le nomine e conferme degli alti magistrati sono state sempre più selvaggiamente politicizzate, suole identificarsi nella *confirmation hearing*, conclusasi negativamente dopo i durissimi attacchi del senatore democratico Ted Kennedy, dell'autorevole accademico, giudice originalista e già *Solicitor General* Robert Bork, nominato da Reagan nel 1987, v. M. LERNER, *The Bork's Wars as Confirmation Crisis*, in ID., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle*, cit., 277 ss.

¹²¹ Dovuto ad una filosofia del giudicare generalmente più pragmatica, flessibile e metodologicamente pluralista (originalismo/testualismo come mero "punto di partenza" dell'analisi costituzionale, ma di norma privo di risposte conclusive nei cd. *hard cases*), meno formalistica e non caratterizzata da fideistico dogmatismo. Sui cd. *Ideologica drifts* dei giudici supremi, più spesso (ma non soltanto, cfr. le più risalenti evoluzioni in senso conservatore nella giurisprudenza di giudici come Frankfurter, Black, White) in direzione *liberal* da parte di giudici di nomina repubblicana, v. p. e., in una abbondante letteratura, L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, K.M. QUINN, J.A. SEGAL, *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, And How Important?*, in *Northwestern University Law Review Colloquy*, 101, 2007, 127 ss.; J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, in *Boston Review*, 2 gennaio 2006; sui plurimi *Ideologica drifts* nell'ambito della pena capitale, v. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 258-271.

¹²² Anche grazie all'impossibilità di prevedere i voti in base al partito del presidente che aveva effettuato la nomina nei *constitutional cases* più controversi. In questo senso si v. ad es. il notissimo voto del Presidente Roberts per "salvare" in buona parte dall'incostituzionalità, unendosi ai quattro colleghi di nomina democratica, l'*Affordable Care Act*, la grande riforma federale in materia di sanità di Obama, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), cfr. L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, 52-87.

¹²³ Così, riflettendo sulle dinamiche deliberative nel collegio, per come emergenti e accessibili dal tenore, particolarmente acre, delle contrapposte motivazioni della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs*, S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, cit.; condivide tale rilievo A. TESTI, *A proposito dell'articolo di Sabino Cassese sulla Corte suprema degli Stati Uniti (e la sua recente sentenza)*, <https://shortcutsamerica.com/2022/06/27/a-proposito-dellarticolo-di-sabino-cassese-sulla-corte-suprema-degli-stati-uniti-e-la-sua-recente-sentenza/>, 27 giugno 2022.



ficile aspettarsi mutamenti di approccio metodologico o cd. *ideological drifts*¹²⁴ – tutti relativamente giovani, dunque con molto tempo a disposizione, potrebbe implicare in futuro ulteriori rivisitazioni profonde, fino a poco fa impensabili, della giurisprudenza costituzionale e, quindi, della società americana, in senso prevalentemente regressivo per la tutela dei diritti e di indebolimento della stessa democrazia¹²⁵.

Quello che è certo, in definitiva, è che il prezzo pagato in termini di delegittimazione del potere giudiziario agli occhi di una parte molto consistente della cittadinanza americana (ma anche di numerosi osservatori esterni, stante l'indiscussa autorevolezza dell'organo a livello globale¹²⁶) è assai elevato e ci vorranno molti anni per recuperare la fiducia e la credibilità oggi perdute.

¹²⁴ In tal senso v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 14 e nota 40, sottolineando che tutti e sei i giudici di nomina repubblicana attualmente in servizio sono – pur con legami di diversa intensità – cd. *movement conservatives*, fa riferimento adesivamente a recenti studi che, adottando un approccio metodologico sincretistico tra scienza politica e psicologia sociale, rilevano come i giudici federali, ed i giudici supremi nello specifico, agiscano nel loro *decisionmaking process* – soprattutto nei casi socialmente ed eticamente più divisivi, ove i limiti costituiti dal *rule of law* (p. e. il vincolo al precedente) e i *neutral principles of adjudication* sono più deboli – non tanto per non disallinearsi troppo dalla *public opinion* riferita alla generalità dei consociati (invero piuttosto disinformata e poco interessata al lavoro della istituzione Corte Suprema), quanto piuttosto per non disattendere le aspettative e ottenere maggior approvazione possibile dalle *elites* di riferimento (sociali, politiche, giudiziarie, accademiche), che contribuiscono così a formarne la cd. *social identity* dei *Justices*. Si v. ampiamente sul punto N. DEVINS, L. BAUM, *The Company They Keep. How Partisan Divisions Came to the Supreme Court*, New York, 2019. Sotto un profilo di metodologia ermeneutica e normativo, la minore probabilità di mutamenti d'approccio durante il servizio è connessa alle stesse caratteristiche della dottrina originalista: v. J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, cit., che osservano: «È più facile che si verifichino evoluzioni modificative quando si applicano standard di giudizio complessi e sensibili allo specifico contesto che presuppongono una Costituzione in evoluzione, piuttosto che quando si applicano norme relativamente semplici e ampie per interpretare una Costituzione che si presume abbia un significato fisso. E nella misura in cui quest'ultima filosofia giudiziaria riflette un insieme stabile di preferenze inconse a favore della chiusura, dell'affermazione del sistema e così via, la fissità ideologica dei giudici che la sposano sarà probabilmente rafforzata».

¹²⁵ Oltre agli altri diritti non enumerati di *privacy*, all'VIII Em. – ai quali si è fatto cenno più in alto – si pensi ad esempio all'ambito delle azioni positive, con due casi già calendarizzati per la trattazione nel prossimo Term, nei quali la Corte potrebbe fare *overruling* di consolidati precedenti [*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], cfr. A. HOWE, *Court will hear challenges to affirmative action at Harvard and University of North Carolina*, <https://www.scotusblog.com/2022/01/court-will-hear-challenges-to-affirmative-action-at-harvard-and-university-of-north-carolina/>, 24 gennaio 2022. Per quanto attiene ai presupposti di funzionamento del sistema democratico americano, vale la pena dar conto del fatto che la Corte ha già calendarizzato per la prossima sessione la trattazione di un caso nel quale potrebbe recepire la cd. *Independent State Legislature Theory*, una innovativa interpretazione della *elections clause* dell'art. III Cost., finora mai adottata, che estrometterebbe del tutto dal controllo di legittimità delle elezioni federali le corti statali, attribuendola in via esclusiva ai legislatori statali. Si tratta di un caso potenzialmente dall'impatto deflagrante e, visti gli acclarati precedenti tentativi di interferenza trumpiani con il supporto di alcuni legislatori statali repubblicani finalizzati a sovvertire l'esito di regolari elezioni, anche abbastanza preoccupante in vista del 2024, v. A. HOWE, *Justices will hear case that tests power of state legislatures to set rules for federal elections*, <https://www.scotusblog.com/2022/06/justices-will-hear-case-that-tests-power-of-state-legislatures-to-set-rules-for-federal-elections/>, 30 giugno 2022.

¹²⁶ Sotto questo profilo è interessante notare che gli ultimi giudici nominati da Trump, Kavanaugh e Barrett, coerentemente rispetto alla loro impostazione metodologica originalista/testualista, all'opposto dei giudici che hanno sostituito (Kennedy e Ginsburg) sono disposti a riconoscere un ruolo molto più limitato (o, forse, a non riconoscere alcun ruolo affatto) alla *persuasive authority* del diritto straniero nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali interne (p. e. *due process clause*, *cruel and unusual punishment clause*) nella *fundamental*

Aggiungiamo inoltre che, da qualunque parte le si guardi, la iperpolarizzazione intorno alla *legittimità* dell'operato (e non alla *correttezza giuridica* delle statuizioni) del supremo organo di garanzia statunitense e la diffusa percezione che lo stesso non si differenzi affatto dagli organi politici, non possono che indebolire fortemente il sistema di *checks and balances* che tradizionalmente costituisce punto di forza della democrazia costituzionale nordamericana, con conseguenze negative sul piano dello *standing* internazionale degli U.S.A.¹²⁷ e, dunque, della stabilità politica globale, a lungo "garantita" dalla egemonia americana. E ciò – si badi – in una congiuntura complessa, per non dire drammatica, come quella attuale, contraddistinta, come è noto, da crescenti tensioni e scontri tra modello liberal-democratico e modello autocratico.

Non è affatto scontato, oggi, poter rispondere positivamente al quesito posto da Justice Sotomayor nel corso della discussione della causa *Dobbs* l'1 dicembre 2021, in relazione all' (allora solo paventato) *overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* sul diritto all'aborto: «*Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts? I don't see how it is possible*»¹²⁸.

Non vi è infatti alcun modo – riteniamo – di potere accostare, ricostruendoli entrambi adesivamente, in termini di "restaurata" legittimità dell'istituzione e del suo operato¹²⁹, l'*overruling* delle decisioni *Roe* e *Casey* attuato in *Dobbs* al famoso cd. *switch in time to save the nine*, che determinò il superamento della giurisprudenza del cd. *economic substantive due process*, interrompendo la stagione del *judicial activism* conservatore di inizio XX secolo e segnando la fine del controverso cd. *court-packing plan* roosveltiano.

Mentre il liberismo economico radicale e il *laissez faire*, presupposto di quest'ultimo filone giurisprudenziale, avevano contribuito a causare una crisi economica devastante ed erano stati rigettati dalla società e dalle istituzioni politico-rappresentative, in quanto ormai obsoleti e inadeguati, a fronte di una realtà economico-sociale sempre più complessa, ben prima che dalla maggioranza stessa della Corte¹³⁰, la rivoluzione dei diritti civili e quella sessuale, recepite¹³¹ dal cd. *Modern substantive due*

rights adjudication, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 175-180, ove ult. rif.; S.M. PATRICK, *The Global Implications of Justice Kennedy's Retirement*, <https://www.cfr.org/blog/global-implications-justice-kennedys-retirement>, 28 giugno 2018. Si trae conferma di ciò dal fatto che soltanto nella *dissenting opinion* di *Dobbs* viene fatto uso dell'argomento comparatistico, v. 42-43, ove si rimarca il trend legislativo in molti paesi verso una più ampia liberalizzazione dell'aborto.

¹²⁷ Cfr. già sul punto le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, cit.

¹²⁸ A. HOWE, *Majority of court appears poised to roll back abortion rights*, <https://www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-weeks/>, 1 dicembre 2021.

¹²⁹ Si v. G.M. MAGLIOCCA, *Roe as the new Lochner*, in *Balkinization*, 25 giugno 2022, il quale si domanda se avrà ancora senso, dopo *Dobbs*, utilizzare a scopo didattico la sentenza *Lochner* come esempio paradigmatico di caso deciso non solo erroneamente, ma in modo illegittimo (cd. *anticanon*).

¹³⁰ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Si v. la *dissenting opinion* di *Dobbs*, 43-44.

¹³¹ Sono note le obiezioni secondo cui le Corti costituzionali o supreme nell'esercizio del *judicial review* dovrebbero sempre, quantomeno nella fisiologia ordinamentale, evitare di recepire direttamente le nuove istanze di tutela espresse dal corpo sociale, che devono essere prima riconosciute e mediate dagli organi di rappresentanza politica. Tale obiezione, che ben può essere (ed in effetti è ampiamente stata nella realtà americana) rivolta a *Griswold v. Connecticut* e progenie giurisprudenziale, per quanto condivisibile in astratto, sul piano del

process iniziato nel 1965 con *Griswold v. Connecticut*, con tutti i loro dirompenti effetti sulla concezione tradizionale del matrimonio e della famiglia, sul ruolo della donna a questa collegato, sui diritti riproduttivi e così via, possono dirsi – crediamo di non azzardare – ben più saldamente radicate nella coscienza sociale statunitense (e forse, più ampiamente, liberal-democratica occidentale).

Si noti, inoltre, che nei primi tre decenni abbondanti del XX secolo la Corte censurava le scelte legislative sulla base di una specifica teoria economica minoritaria, a tutela esclusiva degli interessi proprietari della classe imprenditoriale, attraverso la costituzionalizzazione della libertà di contratto, deprivando i lavoratori dei diritti regolarmente conquistati nel circuito politico-democratico. Nel cd. *Modern substantive due process*, diversamente¹³², i diritti non enumerati della persona vengono sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché nella società, dal basso, si affermano nuove istanze di tutela che esigono soddisfazione, ma per ragioni “strutturali” – di debolezza partecipativa/rappresentativa, marginalità o tradizione storica di subordinazione o finanche esclusione dei soggetti titolari (si pensi, appunto, alle donne) – stentano a trovare pieno riconoscimento nel processo politico¹³³.

pieno rispetto della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia, si scontra con consolidati dati di realtà che ci dicono come molte volte per adempiere al loro precipuo compito di “rendere giustizia costituzionale” (cfr. p. e. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020) le Corti sono in certa misura costrette a interferire con il processo politico (interrompendolo, anticipandolo, sostituendolo in caso di inerzia etc.), essendo giocoforza in questo ambito chiamate continuamente ad un complesso compito di adeguamento al progressivo evolversi dei valori condivisi ed alla coscienza sociale (per il vivace dibattito attuale sulla Corte costituzionale italiana, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi espansivi del controllo di costituzionalità e del ruolo della Corte nella società e nell’ordinamento, sempre più lontano da quello originariamente pensato da Kelsen di mero “legislatore negativo” v. con diversità d’accenti, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 4, 2019, 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 377 ss.). Certo, questa ineliminabile attività presenta *ex se* un significativo margine di rischio di usurpazione da parte degli organi di garanzia delle funzioni legislative, potendo essere moderata soltanto dalle virtù dei giudici (autolimitazione, equilibrio, prudenza, senso di responsabilità istituzionale, *judicial modesty* etc.) e giustificata da persuasive motivazioni dei provvedimenti, nonché dal tentativo di elaborare meccanismi dialogico-cooperativi con gli organi democraticamente legittimati attraverso cui si cerchi di perseguire uno stemperamento del conflitto e di attenuare la cd. *difficoltà contromaggioritaria*.

¹³² Per una acuta differenziazione tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, finalizzata a sottolineare la legittimità del secondo filone giurisprudenziale, sostenendo inoltre che alla base dello stesso vi fossero istanze assimilabili a quelle che hanno innescato la recente stagione giurisprudenziale “attivista” e “creativa” della Corte costituzionale italiana, con il superamento delle “rime costituzionali obbligate” e l’elaborazione di nuove tipologie decisorie, come ad es. le ordinanze ad incostituzionalità prospettata, funzionali a porre rimedio all’inerzia del legislatore in materia di diritti fondamentali, si v. A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung?*, in *Nomos*, 3, 2019, 1 ss., spec. 27-28 e nota 142-44 ove ult. rif.

¹³³ Si v. la tesi ampiamente sostenuta da D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection: Substantive Due Process and the Role of Courts in a Democracy*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2021, 1902 ss., spec. 1914-1942. Gli Aa. rileggono in maniera attualizzante, ampliativa e correttiva, alla luce dei successivi quarant’anni di sviluppo giurisprudenziale, dottrinale e politico, la “classica” giustificazione teorica di Ely per lo scrutinio rafforzato di costituzionalità adottato dalla Corte Warren in materia di eguaglianza e diritti fondamentali nei casi di esclusione/limitata partecipazione di determinate categorie di soggetti dal processo deliberativo democratico, ritenen-

Tale ricostruzione, invero, potrebbe trovare in certa misura supporto nello scrutinio rafforzato di eguaglianza (cd. *intermediate scrutiny*) – in un ambito giurisprudenziale, è vero, “formalmente” distinto a livello di *judicial doctrine*, ma contenutisticamente collegato, ben potendosi i due “parametri” (*due process* ed *equal protection*) rafforzare a vicenda in via d’interpretazione logico-sistematica¹³⁴ – abitualmente applicato per vagliare le discriminazioni normative basate sul genere¹³⁵.

dola in definitiva estendibile a supporto delle *modern substantive due process decisions* in materia di diritti riproduttivi e *gay rights* (contro l’opinione di Ely stesso, che, come noto, riteneva ossimorico lo stesso concetto di *due process* sostanziale e funzionale alla usurpazione giudiziale della funzione legislativa). Sottoponendo a ragionata critica le molte accuse (sia conservatrici che progressiste) rivolte alla giurisprudenza iniziata con *Griswold* di essere un illegittimo *legislating from the bench*, si esaminano approfonditamente il contesto storico, sociale e fattuale di emersione delle istanze di tutela provenienti dal corpo sociale e recepite dalla Corte nei cd. *Modern substantive due process cases*, evidenziando come le donne rispetto all’uso di anticoncezionali ed al diritto all’interruzione della gravidanza e gli omosessuali con riferimento al diritto all’intimità e al matrimonio, ben potevano essere ritenuti sottogruppi discriminati, osteggiati (spesso sotto sanzione penale, v. p. e. M. MURRAY, *Griswold’s Criminal Law*, in *Connecticut Law Review*, 2015, 1045 ss.), esclusi, silenziati e sottoposti a stigma dalla maggioranza. Gli Aa. invitano inoltre a considerare un ulteriore aspetto di fondamentale rilievo: in tutti questi casi – ancorché non emerga sempre limpidamente nelle argomentazioni (ma v. ad es. *Casey* e *Obergeffell*, e l’opinione dissenziente in *Dobbs*) – le rivendicazioni di libertà per potere esercitare un determinato diritto erano strettamente connesse e funzionali al raggiungimento di uno *status* di eguale riconoscimento nella società e di eguale protezione dinanzi alla legge. In altre parole, al di là del formalismo della *judicial doctrine* che tende a distinguere rigidamente tra *due process claims* ed *equal protection claims* (v. p. e. opinione della Corte in *Dobbs*, 10-11), in tutte queste sentenze il profilo della libertà è strettamente connesso a quello dell’eguaglianza (v. D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection*, cit., 1933-1944), rendendo i ricorrenti assimilabili alle cd. *suspect categories* che aveva in mente Ely per giustificare uno scrutinio più penetrante, ma limitatamente ai casi relativi al principio di eguaglianza, ai diritti di partecipazione politica e alla libertà di espressione e associazione. Gli Aa. muovono invero da una concezione più ampia di “partecipazione democratica” – rispetto a quella fatta propria da Ely, riconducibile sostanzialmente alla politica “elettorale”, collegata alla regola di maggioranza – concezione che include necessariamente, come presupposti, l’esercizio di piena libertà e autonomia di scelta nella sfera familiare e intima delle persone, imprescindibile per essere riconosciuti socialmente e partecipare alla comunità politica (1944-1949), dalla quale deriva una funzione ampliata delle Corti nel recepire con il *judicial review* le istanze di tutela di determinati gruppi, senza per questo sostituirsi indebitamente alle valutazioni politiche del legislatore, ma anzi correggendo i malfunzionamenti delle dinamiche deliberative e promuovendo in ultima analisi i valori democratici (1950 ss.). J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection*, cit., spec. 1010 ss., 1025 ss. lamentano la scarsa utilizzazione della cd. *representation reinforcement* o *political process theory* nelle decisioni sui diritti fondamentali non enumerati da parte della Corte Suprema, ed in particolare in quelle relative agli anticoncezionali, all’aborto e ai diritti degli omosessuali, osservando che tale metodologia avrebbe potuto essere applicata ed avrebbe contribuito a rendere meno problematiche, sotto il profilo dell’eccessivo attivismo giudiziale, tali decisioni. Gli Aa. esprimono un tendenziale *favor* “gerarchico” per l’utilizzazione prioritaria del parametro dell’eguaglianza anche nella *fundamental rights adjudication*, per limitare il rischio di imposizione di preferenze politiche soggettive da parte dei giudici, strutturalmente connaturato al *due process* sostanziale.

¹³⁴ Per esempio, in *Obergeffell v. Hodges* – pronuncia che ha riconosciuto la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutta la nazione – si innova la precedente giurisprudenza, creando una inedita “sinergia” tra eguaglianza e dignità umana (cd. *equal dignity*), attraverso il collegamento sistematico tra la *due process clause* e l’*equal protection clause* del XIV Em., cfr. L.H. TRIBE, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 2015, 16 ss. Per una convincente lettura in tal senso, evidenziando il rafforzamento reciproco dei due parametri nell’intera *modern substantive due process doctrine*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 173 ss., spec. 185-200.

Si può forse discutere – ed è questo uno dei meriti dell’originalismo-testualismo¹³⁵ – che la sede istituzionale di riconoscimento dei diritti connessi a questi mutamenti sociali non sia stata quella più appropriata (giurisdizione costituzionale vs legislazione); ma una volta che gli stessi sono stati riconosciuti giudizialmente (anche per aggirare l’immodificabilità *de facto* della Costituzione americana, in base alla procedura dell’art. V), si sono progressivamente sviluppati e consolidati in senso espansivo e generalizzante¹³⁷, di precedente in precedente, di collegamento analogico in collegamento analogico, per quasi sei decenni (pur affondando le loro radici in tempi ben più risalenti)¹³⁸, diventa estremamente problematico rimuoverli e metterne in dubbio nel complesso la legittimità con un “colpo di spugna”, come fa la maggioranza in *Dobbs*.

L’impressione che se ne trae – in definitiva – è quella della compiuta realizzazione di un “progetto politico”, secondo diversi osservatori direttamente ispirato ad un conservatorismo sociale e religioso¹³⁹ estremo¹⁴⁰, con tendenze illiberali (e annessa visione patriarcale della società e della famiglia)¹⁴¹, già

¹³⁵ Si tratta di una elaborazione giurisprudenziale – dettaglio non irrilevante – originata all’inizio degli anni settanta, dunque contemporanea a *Roe* e cronologicamente successiva all’inizio del cd. *modern substantive due process* in *Griswold v. Connecticut*, cfr. p. e. N. WEXLER, *Sex Discrimination – The Search for a Standard*, <https://supremecourthistory.org/classroom-resources-teachers-students/decisions-womens-rights-equal-protection-clause/>. Volendo, v. P. INSOLERA, *Ruth Bader Ginsburg: la storia di “The Notorious RBG”. Le battaglie, le sentenze più note e il suo lascito*, in <https://extremaratioassociazione.it/6596-2/>, 24 settembre 2020.

¹³⁶ Lo sottolinea efficacemente L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.; per un recente e autorevole richiamo all’importanza del limite posto dal testo della legge, v. N. IRTI, *Demoni nascosti nelle caverne e pronti a ridestarsi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 novembre 2022.

¹³⁷ In una dottrina vasta, v. p. e. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Ma)-London, 1991, trad. it. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, spec. 99-109, 131 ss., 156.

¹³⁸ Si v. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3 e casistica ivi richiamata; v. anche la lucida discussione nell’opinione dissenziente sui forti *reliance interests* generati dalle decisioni sull’aborto per le vite delle donne e la loro libera e eguale partecipazione nella società statunitense, 47-55.

¹³⁹ Si v. però gli interessanti rilievi di A. KOPPELMAN, *Religion and the wrong defense of abortion rights*, in <https://thehill.com/opinion/civil-rights/3598534-religion-and-the-wrong-defense-of-abortion-rights/>, 13 agosto 2022, il quale critica la diffusa tendenza dell’area *liberal* a denunciare la più recente giurisprudenza anti-aborto quale imposizione di convinzioni religiose cristiane sulla popolazione, in quanto rischia di discriminare e fare apparire come illegittimi *tout court* i motivi religiosi nel discorso politico e nel dibattito legislativo statunitense, quando gli stessi invece hanno storicamente rivestito un ruolo fondamentale nelle battaglie e nelle conquiste dei diritti civili (si pensi soltanto al *civil rights movement*).

¹⁴⁰ Si v. p. e., tra molti, le persuasive osservazioni di L. GREENHOUSE, *Religious Doctrine, Not the Constitution, Drove the Dobbs Decision*, https://www.nytimes.com/2022/07/22/opinion/abortion-religion-supreme-court.html?campaign_id=9&emc=edit_nn_20220722&instance_id=67306&nl=the-morning®i_id=84694730&segment_id=99229&te=1&user_id=e874279a7e49918f84eedc4b405b0fb4, 22 luglio 2022, la quale richiama opportunamente anche la progressiva “erosione” da parte della attuale maggioranza conservatrice della *establishment clause* del I Em., norma posta a presidio del principio di laicità dello stato, v. nell’ultima sessione le sentenze *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022), *Carson v. Makin*, 596 U.S. ____ (2022), peraltro in linea con gli approdi degli ultimi anni della Corte, iperprotettivi della libertà religiosa (a tutto detrimento del principio di laicità); v. anche sul punto L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit. In generale v. L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, New York, 2021, *passim*. V. anche A. LOPEZ, *The Christian Right is winning in court while losing in public opinion*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109141110/the-christian-right-is-winning-cultural-battles-while-public-opinion-disagrees>, 1 luglio 2022; O. YOUSEF, *Some fear Christian nationalism is getting legal legitimacy through the Supreme Court*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109470737/some-fear-christian-nationalism-is-getting-legal-legitimacy->

in atto da molto tempo¹⁴² – come accennato in apertura – ma *acceleratosi* significativamente, in maniera decisiva e con metodi di dubbia legittimità, negli anni (e con le tre nomine all'alta Corte) di Trump¹⁴³.

Questo “sfondo”¹⁴⁴, peraltro, unendosi a ragioni di elementare logica giuridica, contribuisce ulteriormente ad alimentare lo scetticismo sulle rassicurazioni della maggioranza della Corte relative al fatto che gli altri diritti costituzionali non enumerati di *privacy* (uso anticoncezionali e, specialmente, *gay rights*¹⁴⁵) siano oggi al sicuro, dopo la svolta di *Dobbs*.

8. Rilievi conclusivi

Volendo formulare qualche rilievo conclusivo, alla luce delle considerazioni sopra estese, pare opportuno interrogarsi su quali siano alcune possibili reazioni “costruttive” – al di là di irrealizzabili (e pro-

[through-the-supreme-](https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html), 1 luglio 2022; K. STEWART, *Christian Nationalist Are Excited About What Comes Next*, in <https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html>, 5 luglio 2022; J. CARROL, *The Sins of the High Court's Supreme Catholics*, in <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-sins-of-the-high-courts-supreme-catholics>, 19 agosto 2022; M. TALBOT, *Justice Alito's Crusade Against a Secular America Isn't Over*, in *The New Yorker*, September 5, 2022 Issue.

¹⁴¹ J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17-18.

¹⁴² È noto come l'obiettivo di nominare giudici supremi che contribuissero attivamente a “restaurare” i valori morali tradizionali, messi in forte crisi dai turbolenti anni sessanta e settanta (e dall'attivismo della Corte Warren e della “prima” Corte Burger di quegli anni), fosse prioritario fin dalla prima amministrazione Reagan (1981-85), e poi in quelle successive di Bush padre e figlio. Tale scopo non fu però perseguito appieno, in ragione della imprevedibile “indipendenza” e “moderazione” di giudici nominati da Reagan (O'Connor, Kennedy) o Bush padre (Souter), che, su temi centrali come l'aborto e i diritti degli omosessuali, “tradirono” di fatto le attese. Cfr. p. e. M.C. DORF, *Justice O'Connor Withdraws from Public Life, and the Reagan Court is Finally Born*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/10/31/justice-oconnor-withdraws-from-public-life-and-the-reagan-court-is-finally-born>, 31 ottobre 2018. Neanche con le nomine di Roberts nel 2005 e di Alito nel 2006 si riuscì a spostare decisamente l'asse politico-ideologica della Corte in senso conservatore, dovendosi attendere per tale esito la sostituzione di Kennedy con Kavanaugh nel 2018 e di Ginsburg con Barrett nel 2020.

¹⁴³ Sul “doppio standard” applicato dalla maggioranza repubblicana al Senato per la conferma di Barrett in un *election year* (2020), rispetto a quanto fatto precedentemente, rifiutando di valutare la nomina di Garland da parte di Obama nel 2016, cfr. M. DEL PERO, *Tre considerazioni sulla nomina di Amy Coney Barrett alla Corte suprema*, https://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Tre_considerazioni_sulla_nomina_Amy_Coney_Barret.html, 28 settembre 2020.

¹⁴⁴ Sulla eccezionale influenza del fondamentalismo cristiano – con forme e modalità diverse, sia evangelico che cattolico – nella società e nella politica (anche giudiziaria) statunitense, e sulle conseguenze della stessa sulla giurisprudenza in materia di diritti riproduttivi e questioni di genere, v. p. e. in prospettiva comparatistica M. JOUET, *Exceptional America. What Divides Americans From the World and From Each Other*, Oakland (Ca), 2017, spec. 80 ss. e 113 ss.

¹⁴⁵ V. S.F. COLB, *Abortion and the Slippery Slope*, in <http://www.dorfonlaw.org/2021/12/abortion-and-slippery-slope.html?m=1>, 27 dicembre 2021; J. MAY, *Justice Alito's Opinion on Abortion: Not Just a Threat to Reproductive Rights, but to All Constitutional Liberties Not Expressly Set Out in the Constitution*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/14/justice-alitos-opinion-on-abortion>, 14 giugno 2022; A. LIPTAK, *Justices Thomas and Alito Question Same-Sex Marriage Precedent*, in <https://www.nytimes.com/2020/10/05/us/politics/thomas-alito-same-sex-marriage.html>, 5 ottobre 2020.

tabilmente controproducenti) ipotesi di aumento del numero dei giudici supremi¹⁴⁶ – da parte dei molti che davvero non si ritrovano negli orientamenti oggi dominanti nel supremo collegio statunitense in materia di diritti.

È anzitutto auspicabile, da una parte, che attraverso una massiccia partecipazione alle imminenti consultazioni elettorali di medio termine¹⁴⁷ ed alle presidenziali del 2024 i cittadini – mobilitati dalle recenti prese di posizione della Corte – contribuiscano, per quanto possibile (fermi, cioè, gli ostacoli “strutturali” menzionati in apertura) a modificare la situazione attuale, eleggendo senatori e un Presidente che selezionino, un domani, alti magistrati con una visione *meno distante* da quella diffusa tra la maggioranza dei cittadini americani su questioni controverse ed eticamente sensibili come, ad esempio, aborto, armi da fuoco, pena di morte, azioni positive¹⁴⁸, rispetto a quella dei giudici supremi oggi in maggioranza¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Più attuabile, riteniamo, l’ipotesi di introdurre limitazioni temporali al mandato dei *Justices*, cd. *Term limits*, v. P.M. COLLINS, JR., A. WARD, *After Roe’s overturning, Americans are demanding Supreme Court term limits*, in <https://theconversation.com/after-roes-overturning-americans-are-demanding-supreme-court-term-limits-187040>, 28 luglio 2022.

¹⁴⁷ V. tra i molti commenti M. DEL PERO, *La calda estate della politica statunitense*, in <https://united-states-world.com/2022/08/20/la-calda-estate-della-politica-statunitense/>, 20 agosto 2022. Mentre questo contributo era in revisione, si sono svolte le elezioni di medio termine. Come era stato ipotizzato da alcuni osservatori (e fortemente auspicato dai democratici), la questione dell’interruzione volontaria della gravidanza in seguito alla decisione *Dobbs* pare avere avuto una significativa incidenza sull’esito elettorale, che ha consentito ai democratici di mantenere la maggioranza al senato (v. p.e. E. KAMARCK, W.A. GALSTON, *It wasn’t just “the economy stupid”-it was abortion*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2022/11/10/it-wasnt-just-the-economy-stupid-it-was-abortion/>, 10 novembre 2022). Inoltre, in diversi stati, gli elettori in consultazioni referendarie hanno respinto la proposta di adozione di modifiche normative ordinarie o alle costituzioni statali che intendevano limitare ulteriormente l’accesso all’aborto (Montana e Kentucky), ovvero hanno votato emendamenti per includere espressamente nelle carte fondamentali statali il *right to choose* (Michigan, California, Vermont), cfr. V. STRACQUALURSI, D. COLE, P. LEBLANC, *Voters deliver ringing endorsement of abortion rights on midterm ballot initiatives across the US*, <https://edition.cnn.com/2022/11/09/politics/abortion-rights-2022-midterms/index.html>, 9 novembre 2022.

¹⁴⁸ Oltre ai dati statistici sulla *public opinion* attuale relativa all’aborto e alla cd. *gun regulation* puntualmente richiamati da E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense*, cit., ai quali si rinvia, si noti che la pena capitale attualmente registra un livello di supporto del 55%, in lieve aumento rispetto al minimo storico del 54% del 2020, cfr. <https://deathpenaltyinfo.org/news/percentage-of-americans-who-view-the-death-penalty-as-morally-acceptable-remains-near-record-low>. Secondo i più recenti rilevamenti, oltre il 60% degli americani supporta le azioni positive, cfr. <https://bit.ly/3jDzclL>, 30 luglio 2021. Occorre precisare che, con riferimento alla pena capitale, anche alla luce del perdurante supporto presso la maggioranza degli elettori di cui essa sembra continuare a godere, un eventuale disallineamento della maggioranza conservatrice odierna della Corte rispetto alla opinione pubblica non sarebbe da registrare tanto nel caso di una abolizione giudiziale, peraltro da escludere recisamente allo stato attuale, quanto piuttosto nel caso di superamento tramite *overruling* dei precedenti citati in apertura che hanno dichiarato in passato incostituzionale l’applicazione dell’estrema sanzione, ad esempio, nei confronti di condannati minori e disabili mentali. Siffatti (come si è detto, possibili) mutamenti giurisprudenziali tornerebbero ad autorizzare pratiche punitive “estreme”, verosimilmente percepite oggi come crudeli ed inutilmente afflittive rispetto al perseguimento dei legittimi scopi della pena dalla maggior parte del popolo statunitense, oltretutto da tempo ripudiate in tutte le altre democrazie occidentali.

¹⁴⁹ Così come è auspicabile che negli Stati governati da repubblicani le donne facciano sentire il loro peso elettorale, riappropriandosi del diritto fondamentale rimosso, degradato a mero “interesse”, ad opera della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. la recente consultazione elettorale in Kansas in cui si è rigettato il quesito referendario volto ad eliminare la protezione del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza dalla Carta fondamentale

Dall'altra, sul versante più strettamente politico-giudiziario e (specialmente) giuridico-dottrinale, è quanto mai urgente che l'eterogenea area *liberal* lavori tutta coesa con il principale obiettivo di rivitalizzare, rendere più coerente e credibile una metodologia della interpretazione costituzionale progressista¹⁵⁰, per valori – oggi in conclamata crisi¹⁵¹ – che, con maggiore onestà e umiltà, non prometta l'impossibile, cioè estromettere le inevitabili valutazioni di moralità politica dal giudizio di costituzionalità nei "casi difficili"¹⁵².

Non può essere certo questa la sede per formulare, invero neppure per abbozzare, alcune possibili linee di un rinnovato modello di teoria della interpretazione costituzionale *liberal*. Un modello che, pur senza rifuggire *in toto* l'interpretazione per valori, sia ragionevolmente vincolato alle indicazioni

statale, v. P. NOOR, *Kansas vote to protect abortion rights in state constitution*, in <https://www.theguardian.com/us-news/2022/aug/03/kansas-abortion-vote-state-constitution>, 3 agosto 2022.

¹⁵⁰ Per recenti e diversificati tentativi in questo senso, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *We the People: A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, 2018; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Cambridge (Ma)- London, 2010, teorico del cd. *Common law constitutionalism*.

¹⁵¹ Si v. p. e. le critiche al *progressive constitutionalism* svolte da A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Cambridge, 2022, 117 ss.; J.O. MCGINNIS, *The Crisis of Left Jurisprudence*, in *Law & Liberty*, 7 maggio 2019; J.S. GOULD, *Puzzles of Progressive Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 2022, 2053 ss.

¹⁵² Come ha di recente posto in rilievo L. TRIBE in una intervista a I. CHOTINER, *The Supreme Court's History of Protecting the Powerful*, in <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-supreme-courts-history-of-protecting-the-powerful>, 17 maggio 2022, nella quale spiega le ragioni della sua scelta di interrompere l'aggiornamento del suo noto trattato di diritto costituzionale con la terza edizione del 2000, la giurisprudenza della Corte Warren e le successive sentenze delle Corti Burger, Rehnquist e Roberts in materia di *privacy* – al di là della possibilità di essere validamente giustificate anche attraverso teorie procedurali, e non morali, del controllo di costituzionalità (cd. *representation reinforcement theory*), soprattutto valorizzando il collegamento sistematico tra libertà ed eguaglianza – si fondano in ultima analisi su una concezione di giustizia sostanziale e di moralità politica che attribuisce rango costituzionale a tali diritti in forza di una valutazione sistematica di coerenza normativa rispetto ai supremi principi personalistici ed agli scopi ultimi dell'ordinamento costituzionale statunitense. Come rileva TRIBE: «Penso che ci sia sempre stata una potente corrente ideologica, ma l'ideologia dominante negli anni Sessanta e Settanta era quella con cui potevo facilmente identificarmi. Era l'ideologia secondo la quale i soggetti relativamente privi di potere politico meritano di essere protetti, da un ramo indipendente del governo, da coloro che li calpesteranno [...] Anche la Corte Warren era ideologica, solo che si dava il caso che fosse un'ideologia con cui lei o io potevamo essere d'accordo [...] Non c'è dubbio. Era piuttosto ideologica. Il giudice Brennan aveva un progetto la cui architettura era realmente guidata dal suo senso degli scopi della legge fondamentale, e questi scopi erano morali e politici. Non c'è dubbio. Non sto dicendo che in qualche modo la concezione liberale del diritto costituzionale sia priva di ideologia. Tuttavia, c'è stato uno sforzo intellettualmente coerente per collegare l'ideologia con l'intera teoria dello scopo della Costituzione e della Corte. Principalmente, la Corte è un ramo anti-maggioritario e ha il compito di proteggere le minoranze e di assicurarsi che le persone siano equamente rappresentate. Mi identificavo con questa ideologia. Aveva senso per me e ne vedevo gli elementi in varie aree della dottrina. Ma quando questa è crollata e la Corte è tornata a un'ideologia molto diversa, in cui la Corte è essenzialmente lì per proteggere gli interessi dei proprietari, per proteggere le società commerciali e per tenere a bada le masse, anche questa è un'ideologia, ma non è stata elaborata nella dottrina in un modo che ho trovato coerente, figuriamoci attraente. Forse mi sbaglio, ma vedo più contraddizioni interne e incoerenze nei filoni di dottrina delle persone che sono tornate al potere con l'amministrazione Reagan e la Federalist Society. Non sono la persona adatta a dare un senso a ciò che stanno facendo, perché per me non ha senso. Anche se potessi interpretare il ruolo che penso di aver svolto con una versione che trovo più attraente dal punto di vista morale, è un progetto che considererei in qualche modo malvagio e a cui non vorrei prendere parte».

del testo costituzionale (come interpretato nei precedenti) e non travalichi i confini strutturali della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia.

Possono svolgersi però tre cursorie osservazioni.

Anzitutto, nella ipotetica *pars construens*, non dovrebbero sottovalutarsi le risorse, tenuto conto anche del suo forte radicamento nella tradizione giuridica statunitense, della ampia “famiglia” di teorie ermeneutiche della Costituzione *non-originaliste*, anche dette pluraliste¹⁵³, che fino a oggi sono state storicamente le più rappresentate tra i magistrati del supremo collegio americano (si pensi ancora alla *plurality opinion* di *Casey*: qui sta la “rottura” di *Dobbs*).

Questo non deve stupire: se ben cogliamo il senso degli ultimi amari passaggi dell’opinione dissenziente in *Dobbs*¹⁵⁴, si rimprovera proprio alla maggioranza di avere sacrificato, sull’altare della *doctrinal purity* originalista (e della visione politica sostanziale ad essa sottesa), un ampio “bagaglio” esperienziale giudiziario accumulato nel corso del tempo (dalla metà del XX secolo in avanti, soprattutto) – maturato cioè sulla base di considerazioni pragmatiche, teleologiche, consequenzialiste etc. connesse alle peculiarità di ogni fatto oggetto di giudizio e all’impatto concreto delle norme sindacate su ogni persona¹⁵⁵ – che aveva nel complesso consentito al massimo organo giudiziario federale di svolgere il suo ruolo principale di garante della protezione dei diritti individuali fondamentali contro gli abusi maggioritari della politica e della società, non solo senza operare troppo distonicamente rispetto alle evoluzioni sociali in atto (conservando e rafforzando così la propria legittimazione nel contesto istituzionale), ma anche integrando efficacemente il processo politico in caso di malfunzionamenti strutturali. Per ricollegarsi a quanto detto sopra: si tratta di quella complessa opera di bilanciamento e individuazione di un punto di equilibrio in concreto tra molteplici interessi confliggenti, ineliminabile nell’esercizio della giurisdizione costituzionale, e che ogni impostazione teorica, per essere davvero credibile, dovrebbe anzitutto riconoscere apertamente, senza promettere di eliminarla, o, peggio, nascondendola dietro alla retorica della neutralità o tramite l’uso manipolativo della storia e della tradizione giuridica.

In secondo luogo, preso comunque atto della forte affermazione attuale delle correnti originaliste in chiave di limitazione al suprematismo giudiziario e al pangiuridicismo costituzionale¹⁵⁶, va rilevato

¹⁵³ Per una esaustiva ricognizione e analisi critica, nella dottrina italiana, v. G. ROMEO, *L’argomentazione costituzionale*, cit. 145-52; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 112-116, 120-28; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, 313-340; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., 220 ss.; per una efficace sintesi, cfr. B.J. MURRILL, Report del Congressional Research Service, *Modes of Constitutional Interpretation*, in <https://www.everycrsreport.com/reports/R45129.html>, 15 marzo 2018.

¹⁵⁴ *Dobbs*, opinione dissenziente, 60.

¹⁵⁵ E derivante, in ultima analisi, dalla *summa divisio* tra “costituzionalismo politico” e “costituzionalismo giuridico”, cfr. O. CHESSA, *I fondamenti teorici della giustizia costituzionale. La difficoltà contromaggioritaria*, in AA.VV., G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, 2019, 9 ss., spec. 33-34; v. anche in tema G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2022, 3 ss.

¹⁵⁶ Sono espressioni mutuete dalla riflessione critica di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss., svolta con riferimento al diverso contesto italiano, sul mutamento del ruolo della Corte

che una rielaborazione del *progressive constitutionalism* oggi non può fare a meno di includere un rinnovato focus sul testo e sui limiti che esso pone al giudice. E, allora, se – come ha detto Justice Kagan (nominata da Obama) durante le sue audizioni di conferma nel 2010 – “*We are all textualist now*”, riconoscendo espressamente il grande contributo delle teorie originaliste-testualiste alla cultura giuridica americana¹⁵⁷, spunti di interesse provengono dai recenti interventi del giudice neominato da Biden, Ketanji Brown Jackson. Ella, dando seguito a quanto affermato nelle sue *confirmation hearings*, nell'*oral argument* di un importante caso pendente in materia elettorale¹⁵⁸, ha criticato la concezione cd. *Colorblind* del principio di eguaglianza del XIV Em. sostenuta dagli originalisti, secondo cui lo stesso esigerebbe assoluta neutralità ed equidistanza, rendendo indisponibile ogni utilizzo di differenziazioni di trattamento normativo basate sulla razza, anche per rimediare ad ingiustizie e discriminazioni passate. Tale tesi è stata sviluppata muovendo dalla rigorosa analisi delle intenzioni dei *conditores* e dal significato originario della clausola al tempo della ratifica. Ciò – oltre a mostrare che forse ormai vi sono così tante varianti dell'originalismo che esso è stato privato della sua stessa identità e senso politico, risultando la sua “missione” esaurita¹⁵⁹ – attesta come vi sia ampio spazio per integrare una teoria *liberal* e pluralista anche con argomentazioni originaliste, da alcuni definite di cd. *progressive originalism*¹⁶⁰.

Infine, più specificamente in relazione ai diritti riproduttivi e su un piano non squisitamente teorico, occorre rilevare – insieme a parte della dottrina¹⁶¹ – che le posizioni liberali e progressiste, all'indomani di *Dobbs*, dovrebbero cercare di ottenere riconoscimento soprattutto *in sede politica* a

Costituzionale, di recente dimostratosi molto meno sensibile al pericolo di invadere la sfera della discrezionalità politico-legislativa.

¹⁵⁷ Che la stessa Justice Kagan ha tuttavia recentemente sottoposto a severa critica, evidenziandone l'utilizzo incoerente, selettivo ed ideologicamente orientato da parte della maggioranza conservatrice in un importante caso relativo ai limiti dei poteri della *Environmental Protection Agency* federale a tutela dell'ambiente, cfr. J.H. ADLER, *Justice Kagan Throws Down the Gauntlet: We Are Not “All Textualists Now”*, in <https://reason.com/volokh/2022/07/01/justice-kagan-throws-down-the-gauntlet-we-are-not-all-textualists-now/>, 1 luglio 2022.

¹⁵⁸ <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/merrill-v-milligan-2/>.

¹⁵⁹ Cfr. C. CASEY, A. VERMEULE, *If every judge is an originalist, originalism is meaningless*, <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/03/25/if-every-judge-is-an-originalist-originalism-is-meaningless/>, 25 marzo 2022; nonché, più diffusamente, A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., *passim*, e, nella dottrina italiana, N.G. CEZZI, *A proposito di common good constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1897 ss.

¹⁶⁰ Nel dibattito, v. p. e. A. LIPTAK, *Justice Jackson Joins the Supreme Court, and the Debate Over Originalism*, <https://www.nytimes.com/2022/10/10/us/politics/jackson-alito-kagan-supreme-court-originalism.html>, 10 ottobre 2022; M.C. DORF, *Does Judge Jackson Have a Judicial Philosophy and if so is it Originalism?*, <https://verdict.justia.com/2022/03/29/does-judge-jackson-have-a-judicial-philosophy-and-if-so-is-it-originalism>, 29 marzo 2022; Id., *Is Justice Jackson an Originalist? Evidence from the Alabama Voting Rights Oral Argument*, <http://www.dorfonlaw.org/2022/10/is-justice-jackson-originalist-evidence.html>, 6 ottobre 2022; E. TURIANO, *Justice Jackson offered Democrats a road map for securing equal rights*, <https://www.washingtonpost.com/made-by-history/2022/10/10/originalism-ketanji-brown-jackson-supreme-court/>, 10 ottobre 2022; A. KOPPELMAN, *Ketanji Brown Jackson's Originalism*, <https://thehill.com/opinion/judiciary/3263173-ketanji-brown-jacksons-originalism/>, 10 aprile 2022.

¹⁶¹ Si v. tra gli altri, J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 223-27; S. MAYERI, *Equality and Liberty After Dobbs*, <https://balkin.blogspot.com/2022/10/equality-and-liberty-after-dobbs.html>, 23 ottobre 2022, *ove ult. rif.*

livello statale, promuovendo attraverso *social movements* e forme di attivismo la loro *substantive constitutional vision* presso i legislatori e gli *executive officials* statali.

Sul correlato piano della *litigation* giudiziaria, stante la attuale (e prossima futura) “chiusura” delle corti federali, la tutela dei diritti riproduttivi potrebbe essere meglio assicurata dalle corti statali, che – come noto – nel sistema federale americano, sono chiamate ad applicare disposizioni costituzionali diverse, più moderne (i molteplici procedimenti di revisione sono molto meno gravosi di quello disciplinato dall’art. V Cost. federale) e spesso più protettive di quelle federali¹⁶².

Quelle dianzi tratteggiate sono soltanto alcune idee, potenzialmente valorizzabili nello sfidante tentativo di ri-edificazione concettuale di un modello di costituzionalismo liberal-progressista negli U.S.A.

Forse, attraverso una autentica “rifondazione dalle macerie”¹⁶³, le molteplici correnti originaliste¹⁶⁴ potrebbero cessare, un domani, di rivendicare monopolisticamente l’“esclusiva” della *sola* metodo-

¹⁶² Cfr. da ultimo CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *State Constitutions and Abortion Rights*, in <https://reproductiverights.org/state-constitutions-abortion-rights/>, July 2022. In generale sull’importanza del costituzionalismo statale nella protezione dei diritti individuali negli U.S.A., nell’attualità, J. BOUIE, *There Is a Way to Break Out of Our Constitutional Stagnation*, <https://www.nytimes.com/2022/11/18/opinion/midterms-states-constitutions.html>, 18 novembre 2022; in generale, per una dettagliata analisi delle diverse metodologie interpretative (c.d. *primacy approach*; *criteria approach*; *lockstep approach*) seguite dalle Corti supreme statali nell’interpretazione della clausole costituzionali statali “affini”/“parallele” a quelle della Carta federale, e dei casi in cui è legittimo per le prime discostarsi dalla giurisprudenza della Corte suprema federale, al fine di ampliare le garanzie costituzionali e la protezione dei diritti individuali in determinati settori, v. L. FRIEDMAN, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2000, 93 ss. ed in part. sui diversi criteri, 102-112. Per esemplificazioni nel diverso ambito dell’VIII Em. (divieto di pene crudeli ed inusuali), ove, a fronte di una consolidata interpretazione restrittiva della clausola da parte delle Corti supreme federali, numerose Corti supreme statali hanno elaborato letture più garantiste, in grado di tutelare il diritto dell’individuo a non subire pene manifestamente eccessive rispetto al disvalore del reato, v. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles*, cit., 153-160; F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni*, cit., 251.

¹⁶³ Ad una tale rifondazione potrebbero certamente contribuire a livello giurisprudenziale i giudici progressisti, magari galvanizzati dall’insediamento della nuova giudice Brown Jackson, attraverso un formidabile strumento garantito dall’ordinamento americano, che più volte nella storia si è rivelato decisivo: l’opinione dissenziente lungimirante e ben argomentata di oggi che – spesso operando anche sul piano culturale, stimolando il dibattito pubblico e politico, nonché “parlando” agli altri poteri – diviene l’opinione della Corte del domani. Sul punto v. ora J. KRUEL, *Lacking power, Supreme Court’s liberals find voice in dissent*, in <https://thehill.com/regulation/court-battles/3598991-lacking-power-supreme-courts-liberals-find-voice-in-dissent/>, 14 agosto 2022; J. BRAVER, *The Court’s Liberals Still Have Power*, in <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/08/supreme-court-liberal-bloc-dissent/671158/>, 17 agosto 2022. In generale sull’importanza dell’opinione dissenziente nella storia del *constitutional dialogue* statunitense, si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit.

¹⁶⁴ Pur consapevole che numerosi e autorevoli studiosi americani hanno elaborato teorie originaliste orientate in senso *liberal*, espansivo dei diritti individuali (ad es. A.R. AMAR, J. BALKIN) o che supportano *lines of cases* della Corte ritenute comunemente attiviste in senso *liberal* o anti-originaliste (ad es. BARNETT, STINNEFORD) e che l’equiparazione semplicistica originalismo/conservatorismo è senza dubbio fallace, smentita da amplissima casistica giurisprudenziale e in ultimo fuorviante (come ricorda L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.) mi pongo sommessamente due questioni pratiche, muovendo cioè dal diritto vigente, da come l’originalismo è stato ed è applicato dai giudici supremi. Primo, a patto che sia realizzabile e sostenibile sotto il profilo della *stabilità giurisprudenziale* e della certezza del diritto, quanto è *normativamente* auspicabile una rivisitazione su basi rigidamente originaliste (o storico/tradizionaliste) del *case law* consolidato della Corte Su-

logia interpretativa legittima¹⁶⁵, in quanto l'unica asseritamente conforme al *rule of law* e rispettosa delle prerogative della rappresentanza politica in democrazia¹⁶⁶.

prema nei più disparati settori, per il buon funzionamento della democrazia liberale americana e per la tutela dei diritti dei suoi cittadini? Secondo, credo che una valutazione complessiva equilibrata e onesta dei meriti e dei limiti del macro-orientamento originalista e delle sue molteplici correnti (rispetto alle alternative), al di là di richiamare alcune decisioni che hanno avuto effetti *pro-rights* e inconciliabili con l'ideologia conservatrice, richieda di allargare lo sguardo per soppesare in ottica sistematica e sul piano qualitativo quanto meglio (rispetto alle alternative) questa impostazione metodologica, di grande e relativamente recente successo, contribuisca, per come viene applicata nella prassi (non nelle teorizzazioni dottrinali) – attraverso la incondizionata centralità che attribuisce al valore della democrazia rappresentativa e della separazione dei poteri, ed ai connessi forti limiti che pone alla giurisdizione in generale ed alla giurisdizione costituzionale in particolare – a realizzare adeguatamente i valori personalistici al centro dell'ordinamento costituzionale, cioè dignità umana, libertà e eguaglianza. Un esempio, pur limitato alla materia penale sostanziale e processuale, può soccorrere: si può ritenere ragione sufficiente per aderire *normativamente* ad una metodologia originalista il fatto che essa possa produrre decisioni protettive dei diritti individuali in settori quali, per esempio, la *statutory interpretation* testualista e dunque restrittiva *pro reo*, con la valorizzazione di canoni interpretativi come la cd. *rule of lenity* (semplificando, l'*in dubio pro reo* sostanziale nel caso di ambiguità di significato del precetto); la legalità penale costituzionale (principio di determinatezza in specie, cd. *void for vagueness doctrine*); i limiti alla criminalizzazione del possesso di armi in forza del II Em.; talora con riferimento al divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli del IV Em., in base alla cd. *property based theory*; ai cd. *jury trial rights* e alla cd. *confrontation clause* del VI Em., quando *la stessa metodologia*, dall'altra parte, implica una totale rinuncia all'esercizio del *judicial review* in contesti cruciali per la tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini, nei quali certamente non può farsi affidamento esclusivo sul circuito democratico-rappresentativo? Si pensi ai limiti alla criminalizzazione in forza del *due process* sostanziale; ai limiti quantitativi di proporzionalità alle sanzioni penali ed al presidio contro trattamenti penitenziari crudeli e disumani posti dall'VIII Em.; alle regole costituzionali "rimediali" dei cd. *Miranda Warnings* e dell'*Exclusionary Rule* ricavate in via pretoria, rispettivamente, dal V e dal IV Em.; alla possibilità di rendere "giustiziabili" le violazioni del principio di eguaglianza del XIV Em. causate dall'applicazione razzialmente discriminatoria del diritto penale. Prima di abbracciare l'originalismo – per lo meno *come esso è stato in prevalenza applicato nella prassi giurisprudenziale dagli anni ottanta ad oggi dalla Corte Suprema* – occorre domandarsi, credo, attraverso una valutazione costi-benefici globale, se si è disposti ad accettare un modello di giudizio di costituzionale che lasci completamente sguarniti di protezione giudiziale tutti i diritti della persona presidiati da queste decisive previsioni costituzionali.

¹⁶⁵ Auspica un'evoluzione delle teorie originaliste-testualiste in direzione di maggiore apertura al pluralismo sincretistico dei criteri interpretativi, G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 94-101.

¹⁶⁶ Si v. le critiche di G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equality*, cit., 3, che considerano questa dinamica "tossica", in quanto disconosce tutti i grandi meriti che ha avuto la metodologia interpretativa della *living constitution* (o comunque ragionevolmente pluralista) nel ridisegnare, sovente per il meglio, il volto della democrazia liberale e della società americana per come la conosciamo oggi.

Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne

Graziella Romeo*

DOBBS V. JACKSON: THE LAST TRANSFORMATION OF ORIGINALISM PASSES THROUGH WOMEN'S BODIES

ABSTRACT: The doctrine of precedents reflects common law legal culture, which believes that judges should be guided by principles inductively derived from judicial experience and animated by modesty and respect for tradition. However, in the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* case, the Supreme Court questioned this view of *stare decisis*. It offered an alternative vision, highlighting the limitations of relying on precedents in constitutional argumentation. This approach to *stare decisis* is consistent with the argument that questions the legitimacy of non-originalist precedents. Against this backdrop, the article makes a twofold claim. Firstly, it argues that originalism advances an interpretation of constitutional law that significantly curtails women's rights. Secondly, it maintains that the current Supreme Court is not equipped to resist the originalist trend because of the lack of political feminism approach of the kind advanced by the late Justice Ginsburg. To support this argument, the article analyzes *Dobbs* by focusing on the originalist justification for overruling *Roe v. Wade* and highlights the consequences of the dogmatic approach of originalism on women's claims.

KEYWORDS: Women's rights; right to abortion; precedents; *stare decisis*; common law

ABSTRACT: La regola del precedente riflette la cultura giuridica di *common law* ovvero la preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato e animato da modestia e rispetto della tradizione. Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei *non-originalist precedents*. Il presente lavoro sostiene che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale

* Professoressa associata di diritto pubblico comparato presso l'Università Bocconi di Milano. Mail: graziella.romeo@unibocconi.it. Il contributo è frutto di una ricerca finanziata da Fondazione Cariplo, nell'ambito del progetto ALFA. Contributo sottoposto a referaggio.

composizione della Corte Suprema e, in particolare, dalla difficoltà di rinvenire posizioni vicine al femminismo politico della defunta *Justice* Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* di *Roe v. Wade* ed evidenzia le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism* sulle rivendicazioni femminili.

PAROLE CHIAVE: Diritti delle donne; diritto all'aborto; precedenti; *stare decisis*; *common law*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il precedente non-originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta – 3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson* – 4. L'originalismo e il corpo delle donne – 5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

1. Introduzione

La regola del precedente è coerente con un assunto fondamentale del ragionamento giuridico di *common law*: il processo di scoperta e apprendimento attraverso l'esperienza consente alla ragione umana di giungere a soluzioni giuridiche corrette¹. La sopravvivenza della regola derivata dal precedente segnala, infatti, che quella particolare soluzione ha soddisfatto la comunità dei giuristi e servito adeguatamente la società civile. Al contempo, il principio dello *stare decisis* contribuisce a garantire la certezza del diritto nell'ambito di un ordinamento che possiede «the power of growth», ossia la capacità di assicurare l'evoluzione delle soluzioni giuridiche nella direzione del loro sempre maggior adattamento al mutamento delle esigenze sociali².

Negli Stati Uniti, la regola del precedente riflette inoltre l'impronta liberale del *common law* rintracciabile nella preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato, piuttosto che dalle deduzioni di regole dai comandi imposti autoritativamente da un sovrano³. In questo senso, la regola manifesta la medesima esigenza espressa dalla nozione di

¹ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Frankestown (NH), Marshall Jones Company, 1921, 182-183. Martin Shapiro spiega la logica del precedente ricorrendo alla teoria comunicativa e, in particolare, identificando nella "ridondanza" (*redundancy*) l'elemento chiave per comprendere il funzionamento del precedente sul piano comunicativo. Infatti, per Shapiro il richiamo del precedente svolge la stessa funzione che, nella trasmissione delle informazioni, è svolta dalla ridondanza ovvero dalla ripetizione del medesimo contenuto del primo flusso comunicativo. La *redundancy*, qualificata per il suo non aggiungere nulla al bagaglio informativo del recipiente il messaggio, serve però lo scopo di assicurare il feedback e identificare eventuali errori nella trasmissione del contenuto iniziale. Con questa analogia, Shapiro intende chiarire che il precedente, continuamente rielaborato, consente l'affinamento della soluzione giuridica inverando la funzione comunicativa (dal giudice alla comunità dei giuristi e alla società nel suo complesso) della decisione giudiziale: M. SHAPIRO, *Towards a Theory of Stare Decisis*, in M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002, 102 ss.

² R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 183.

³ *Ibidem*. Questa affermazione potrebbe ingenerare l'idea che Roscoe Pound intendesse negare la natura autoritativa del diritto. Al contrario, per Pound la forza era un elemento essenziale del diritto («law involves force» sostiene in *Social Control Through Law*, New Heaven (Mass), Yale UP, 1942, 20). Cionondimeno, egli era convinto che ogni ricostruzione del diritto come espressione di una forza dovesse fare i conti con la constatazione dell'intrinseca debolezza di ogni autorità fondata solo sulla forza. Per questa ragione, secondo Pound la *force*

supremacy of the law, ovvero la sottoposizione del potere, potenzialmente arbitrario, a principi di ragione contenuti nella legge.

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁴, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei non-*originalist precedents*. Da questo punto di vista, la pronuncia *Dobbs* offre l'occasione per indagare la posizione dell'attuale Corte Suprema sul tema dei diritti delle donne anche alla luce del dibattito originalista. Il presente lavoro intende sostenere che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale composizione della Corte Suprema e, in particolare, dall'assenza di posizioni pienamente adesive rispetto al femminismo politico della defunta Justice Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* della pronuncia *Roe v. Wade*, lo storico precedente che aveva riconosciuto un diritto costituzionale alla libertà delle scelte riproduttive⁵. Il lavoro prosegue offrendo una lettura delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne, al fine di evidenziare le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism*. Infine, l'articolo offre uno sguardo non originalista sulla condizione femminile, anche attraverso il richiamo delle posizioni in tema di diritti delle donne di alcune giudici della Corte Suprema.

2. Il precedente non originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta

Nei sistemi di *common law*, il *precedent* non rappresenta soltanto una decisione passata da impiegare per risolvere il problema giuridico del caso presente. Il *precedent* è piuttosto un modello di soluzione giuridica corretta che funge da *authority* all'esito di un puntuale ragionamento teso a individuare la *ratio decidendi* all'interno dell'*opinion*⁶. Una volta isolata dal giudice del caso successivo, la *ratio decidendi* costituirà il *precedent*⁷. Proprio per questa ragione, il precedente rappresenta la rile-

definisce il diritto dal punto di vista del *lawmaker* nel senso che è sempre legittimo l'impiego della forza rispetto ai residui di antisocialità e cioè di rifiuto dei comportamenti dovuti. L'esperienza del diritto è però più complessa e non può essere identificata soltanto con la sua dimensione di comando: v. R. POUND, *Jurisprudence*, St. Paul (Minn), 1959, 130.

⁴ 597 U.S. ____ (2022).

⁵ 410 U.S. 113 (1973).

⁶ La *ratio decidendi* può essere descritta come «a proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts»: v. M. ZANDER, *The Law-Making Process*, London, Butterworths, 1999, 263.

⁷ La dottrina classica del precedente prescrive l'adesione obbligatoria alla decisione passata, come chiarisce Lord Mansfield della High Court of Chancery nella sentenza *Roe v. Griffiths*, 1 Bl. Rep. 605 (1766): «precedents must be adhered to although it is not founded upon truly rational grounds and principles». Sull'obbligatorietà come elemento qualificante del precedente v. F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Occorre tuttavia chiarire cosa si intenda per precedente obbligatorio. Infatti, la dottrina dello *stare decisis*, nella sua formulazione tradizionale, si fonda sulla distinzione tra la *ratio decidendi* e l'*obiter dictum*. In altri termini, il giudice, applicando il precedente, compie un'operazione intel-

vazione e l'applicazione a un caso concreto di un diritto che esisteva prima della decisione e che quest'ultima si limita a richiamare esplicitamente.

Il cosiddetto "precedente verticale", ossia la decisione passata di una corte superiore, si impone come fonte del diritto che condiziona il ragionamento del giudice della corte inferiore. Quest'ultimo è tenuto al rispetto del *precedent* anche quando non aderisca al *reasoning* o ritenga la soluzione giuridica ivi incorporata non convincente⁸. Diverso è lo statuto del "precedente orizzontale", ovvero della decisione dotata dell'autorevolezza di paradigma che non vincola per il futuro la corte che l'ha emessa. È infatti generalmente accettato che le corti apicali debbano godere del potere di mutare gli indirizzi giurisprudenziali per evitare la fossilizzazione di orientamenti e soluzioni giuridiche incapaci di rispondere alle esigenze del presente⁹. La dottrina americana parla, a tal proposito, di ridotta vincolatività o importanza del precedente costituzionale¹⁰.

Tale valutazione riflette lo statuto del precedente costituzionale sul piano teorico. Cionondimeno, la circostanza per cui il ragionamento attraverso i precedenti è parte integrante della formazione dei giudici (e dei giuristi) americani ha determinato la sopravvivenza della logica dello *stare decisis* anche presso le corti apicali e, in particolare, la Corte Suprema¹¹. L'*overruling* di un precedente è, dunque, generalmente percepito come un'operazione alla quale ricorrere come *extrema ratio* per la correzione di errori giudiziari. Inoltre, si tratta di una soluzione alla quale si approda solo dopo una serie di decisioni intermedie che ridimensionano il principio di diritto ricavato dal precedente e preparano la comunità politica per il suo superamento.

Negli ultimi anni, alcuni giudici supremi di orientamento originalista hanno chiarito che, posta la ridotta vincolatività del precedente orizzontale, lo *stare decisis* non può determinare la sopravvivenza di decisioni che si caratterizzano per interpretazioni costituzionali creatrici non radicate in letture

letturale in due fasi. Nella prima fase egli scarta, con un procedimento induttivo, gli *obiter dicta* al fine di cogliere il principio giuridico (la *ratio decidendi*) senza il quale la decisione sarebbe stata diversa. La seconda fase consiste, invece, nell'applicazione della *ratio decidendi* al nuovo caso, attraverso l'esercizio di una logica deduttiva. In questo contesto, soltanto le *rationes decidendi* costituiscono *authorities* e sono dunque vincolanti. Quest'opera di estrazione della *ratio decidendi* o *holding* è necessariamente operata dal giudice successivo a quello che ha deciso il precedente e serve a chiarire sempre meglio il significato della *legal rule* tracciata dal precedente. Si comprende, in questa prospettiva, perché nella dottrina classica del precedente è rilevante distinguere anche tra la *decision* e l'*opinion*, in quanto solo la *decision* condensa la *legal rule*, mentre l'*opinion* è corredata da una serie di argomenti accessori o finanche non del tutto coerenti con la *decision*. Questa distinzione è adombrata dal Chief Justice Marshall nella sua opinione nel caso *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821). Su questi aspetti v. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, 154 ss.

⁸ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, Cambridge, 2009, 36 ss. e Id, F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Schauer insiste sul fatto che di precedente si può parlare soltanto in quanto il giudice è vincolato al suo impiego sebbene egli sia intimamente convinto che esso non sia la migliore o finanche la più giusta soluzione del caso che si trova ad affrontare.

⁹ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 211.

¹⁰ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, cit. 36.

¹¹ Come testimonia da ultimo la difesa dello *stare decisis* operata dalla neo giudice Ketanji Brown Jackson in occasione degli hearings senatoriali: *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7, disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>.

storicamente orientate della Costituzione¹². Questa posizione ha almeno due corollari: 1. se l'interpretazione originalista smentisce un precedente, allora il precedente è *wrongly decided*; 2. l'*overruling* di un precedente di questo tipo è la soluzione da preferire, a prescindere dal radicamento nell'ordinamento di quella regola o principio di diritto.

Gli originalisti non contestano la bontà del ricorso al precedente in quanto tale. Anzi, una parte della letteratura originalista sottoscrive la tesi che assegna centralità ai precedenti quando sostiene che la Costituzione attribuisce loro, almeno implicitamente, valore costituzionale nel momento in cui riconosce il *judicial power* delle corti¹³. Queste ultime, infatti, hanno progressivamente contribuito allo sviluppo della *common law* attraverso la regola dello *stare decisis*. Per alcuni originalisti ciò implica necessariamente che la Costituzione abbia avallato la pratica del precedente e incorporato la *federal common law*, lasciando intatto il potere congressuale di abrogare le regole di diritto ivi contenute attraverso la legislazione.

In particolare, McGinnis e Rappaport propongono un approccio pragmatista al problema della conciliazione tra originalismo e regola del precedente. Secondo questi autori, il giudice deve sempre valutare le conseguenze del rigetto del precedente ed evitare l'*overruling* se il beneficio, in termini di correttezza delle operazioni interpretative e bontà della soluzione giuridica offerta, non supera il costo al piano della certezza del diritto e dell'affidamento individuale e collettivo generato dal precedente. Da questa constatazione, essi ricavano la necessità che l'interpretazione di quest'ultimo sia coerente con il testo costituzionale¹⁴. Lo sforzo di coniugare la regola del precedente con l'originalismo è fondato sulla tutela della normatività della Costituzione scritta. La conseguenza di questo ragionamento è, infatti, che la Costituzione debba essere applicata assieme ai precedenti. Da questa prospettiva, l'uso delle decisioni passate non mina la piena normatività del testo scritto. Piuttosto, i precedenti sono un modo per realizzare la normatività della Costituzione¹⁵.

In ultima analisi, la critica originalista non contesta la regola del precedente in quanto tale, non revoca cioè in dubbio la logica dello *stare decisis*¹⁶. La critica è rivolta piuttosto verso un impiego di quei precedenti che, a giudizio degli originalisti, dipartono decisamente dalla Costituzione per il loro carattere di novità, cioè per il loro radicarsi in letture evolutive, storicamente infondate, del testo costitu-

¹² Sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017, 1 ss.

¹³ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review* 103, 1, 2009, 830. Secondo gli A., tale richiamo deve ritenersi implicito nell'Art. III della Costituzione americana che prescrive «The Judicial Power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Court as the Congress may from time to time ordain or establish».

¹⁴ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 830. Posizioni più intransigenti rispetto alla priorità dell'interpretazione costituzionale sul precedente, qualunque siano le conseguenze concrete di tale approccio, sono sostenute e dunque a prescindere da considerazioni prudenziali e pragmatiche da R.E. BARNETT, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not As Radical As It Sounds*, in *Constitutional Commentary*, 22, 2005, 257, in partic. 258–59 e prima ancora da G. LAWSON, *The Constitutional Case Against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, 1994, 30.

¹⁵ V. ancora J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 128.

¹⁶ Al contrario, *Justice Scalia* è stato per esempio molto sensibile al tema del precedente, benché si contino casi in cui egli ha difeso *overruling* motivati da una preferenza per l'interpretazione originalista. Sul punto v. G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016, 1191 ss.

zionale e della tradizione giuridica. Il problema, insomma, risiede nell'eccessiva libertà lasciata al giudice di prescindere dalla Costituzione richiamando una decisione passata. Solo da questo punto di vista, il precedente è un elemento che segnala un allontanamento dal testo costituzionale e, pertanto, un aggiramento della normatività della Costituzione scritta¹⁷.

Queste posizioni dottrinali hanno trovato un primo riscontro nella sentenza *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees*¹⁸. Nella pronuncia, la maggioranza conservatrice elenca gli elementi che possono giustificare un *overruling*. Si tratta di cinque fattori: 1) la qualità del *reasoning*; 2) la praticabilità dell'applicazione (*workability*) del principio o della regola di diritto in esso contenuti alle circostanze del caso di specie; 3) la congruenza sistematica del precedente; 4) gli sviluppi delle circostanze di fatto a partire dal momento in cui il precedente è stato deciso; 5) l'affidamento delle parti private, dei poteri pubblici, delle corti e della società nel suo complesso nel principio di diritto contenuto nella decisione passata.

I cinque elementi menzionati corrispondono, in buona parte, alla lettura convenzionale della vincolatività del precedente costituzionale. Cionondimeno, il primo e il terzo dei fattori (la qualità del *reasoning* e la congruenza sistematica) meritano una particolare attenzione dal momento che consentono alla Corte di giustificare l'*overruling* del precedente non originalista. Infatti, la contestazione di tali decisioni insiste sempre sulla bontà del ragionamento giuridico ivi incorporato e sulla coerenza tra quest'ultimo e la costituzione scritta.

La sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁹, con la quale la Corte Suprema ha dichiarato l'inesistenza di un diritto all'aborto, rigettando sia *Roe v. Wade*²⁰ che *Planned Parenthood v. Casey*²¹, si iscrive in questo contesto teorico e costituisce la manifestazione più evidente dell'ultima trasformazione dell'orientamento originalista.

3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson*

Nell'opinione di maggioranza della decisione *Dobbs*, Justice Alito scrive che il precedente *Roe v. Wade* è "egregiously wrong"²². Il giudice articola le ragioni della valutazione, condivisa dal blocco conservatore, attraverso un'analisi delle fonti della disciplina della pratica abortiva che percorre un arco temporale compreso tra le origini dell'esperienza costituzionale americana e i *Reconstruction Amendments* degli anni 1865-1870²³. Il caso *Dobbs* verteva, infatti, proprio sull'interpretazione del

¹⁷ Sul punto v. per esempio il *dissent* di Justice Scalia nella sentenza *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 825 (1989), il quale sosteneva: «I agree with Justice Douglas: 'A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembered above all else that it is the Constitution which we swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it'. Douglas, *Stare decisis*, 49 Colum. L. Rev. 735, 736 (1949)».

¹⁸ 38 S. Ct. 2448 (2018), *slip op.*, 34-35.

¹⁹ *Supra* nt. 4.

²⁰ *Supra* nt. 5.

²¹ 505 U.S. 833 (1992).

²² *Dobbs v. Jackson*, *slip op.*, 5.

²³ Il riferimento è in particolare agli emendamenti XIII, XIV e XV, adottati al termine della guerra civile per sancire la vittoria politica degli Stati del Nord. Le clausole costituzionali in questione, infatti, contengono il divieto di schiavitù (XIII); la *equal protection of the law* e la *privileges and immunity clause* a beneficio di tutti i cittadini

XIV Emendamento, offerta dalla sentenza *Roe*, secondo la quale la norma in questione tutela il diritto delle donne all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive.

Se osservata dal punto di vista metodologico, la pronuncia *Dobbs* chiarisce che, almeno nell'opinione di una parte del collegio, la risposta alla domanda se esista o meno un diritto all'aborto debba essere ricercata interrogando la *legislation* e i *legal materials* a partire dalla *English common law* fino al periodo di adozione degli emendamenti della Ricostruzione. Questo metodo disegna il perimetro entro il quale è corretto ricavare un diritto fondamentale.

Ad avviso del giudice conservatore, la decisione *Roe* è viziata in quanto prescinde da un'analisi diacronica della cultura e della tradizione giuridica americana. La ricostruzione offerta da Alito muove dalla tesi per la quale si può ragionare di un *fundamental right* solo quando la pretesa è radicata nella tradizione e coerente con lo *scheme of ordered liberty* sul quale si fonda l'ordinamento. Per il giudice, la ricostruzione storica deve però essere temporalmente circoscritta in modo da offrire una fotografia della tradizione americana attorno all'epoca di adozione del XIV Emendamento. L'analisi presuppone, dunque, un'opzione per l'*original understanding* posto che, all'evidenza, il periodo storico intercorso tra i *Reconstruction Amendments* e la sentenza *Roe* non è oggetto di analisi. Sebbene l'impronta originalista della decisione sia evidente nella logica sottostante al ragionamento della maggioranza, l'originalismo non è mai espressamente menzionato come metodo di interpretazione costituzionale²⁴. Quest'ultimo è sostituito sostanzialmente da un'esegesi delle fonti che finisce per identificare il contenuto dell'emendamento sulla base della cultura e della tradizione giuridica della *Reconstruction Era*.

Da questa dettagliata analisi diacronica, documentata dalla lunga appendice al testo della pronuncia²⁵, il giudice redattore deriva che il XIV Emendamento non può essere interpretato nel senso di includere un diritto all'aborto come espressione della libertà delle scelte riproduttive. La ragione è che tale posizione giuridica non era affatto generalmente riconosciuta all'epoca della ratifica degli emendamenti successivi alla guerra di secessione. La ricostruzione è poi confermata da un'interrogazione dei materiali giuridici della *common law* dalla quale il giudice ricava la conferma della natura non fondamentale della pretesa al riconoscimento di un diritto all'aborto.

Nel ragionamento di Alito, la sentenza *Roe* è un precedente *wrongly decided* poiché non accoglie il metodo storico-ricostruttivo che identifica i diritti fondamentali con le pretese radicate nella tradizione americana. In questo senso, ogni preoccupazione rispetto all'opportunità di un'*overruling* deve essere superata poiché il compito della Corte è proprio quello di espungere il precedente errato dall'ordinamento.

americani (XIV) e il divieto di discriminazione razziale rispetto all'esercizio del diritto di voto (XV). Sul punto v. D.A. RICHARDS, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, N.J., 1993. Sul significato culturale degli emendamenti della ricostruzione v. J.M. DELOMBARD, *The Novel and the Reconstruction Amendments*, in P. WALD, M.A. ELLIOTT (eds), *The Oxford History of the Novel in English*, Vol. 6, 1879-1940, Oxford, 2014, 69 ss.

²⁴ R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, (forthcoming 2023), disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179622.

²⁵ *Dobbs v. Jackson*, slip op, 79-108.

Sul piano logico, la Corte afferma che la ragione per la quale la decisione *Roe* deve essere rigettata risiede nella circostanza per cui il ragionamento di quella pronuncia è smentito da una ricostruzione storica che, comunque, cristallizza il significato del XIV Emendamento all'epoca della adozione. Questa contestualizzazione della norma costituzionale è sufficiente alla Corte per concludere nel senso del rigetto del precedente poiché, avverte Alito, lo *stare decisis* non è un imperativo assoluto ("inexorable command")²⁶. Di più, ad avviso del giudice redattore la debole vincolatività del precedente deve essere riconosciuta soprattutto nella materia costituzionale dove l'abilità della Corte di procedere ad *overruling* ha segnato importanti tappe per una migliore comprensione del testo. Per dimostrare la sua tesi, Alito cita strategicamente due noti *overruling* operati dalla Corte guidata da maggioranze liberal: *West Coast Hotel v. Parrish*²⁷ e *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁸. Con la prima decisione, una Corte Suprema a lungo recalcitrante in materia di legislazione sociale abbraccia la sensibilità politica del *New Deal* e rigetta *Lochner v. City of New York*, il precedente che aveva letto gli emendamenti V e XIV nel senso di riconoscere una *freedom of contract* che rendeva incostituzionale la legislazione sociale di limitazione della durata massima del lavoro settimanale per alcune categorie produttive²⁹. Con la seconda, la Corte guidata dal giudice liberal Earl Warren aveva finalmente rigettato la tesi della separazione delle razze, adottata dallo storico precedente *Plessy v. Ferguson*³⁰, così attivando il lento processo di desegregazione.

La maggioranza non è però compatta su questo profilo argomentativo. Il *Chief Justice* Roberts scrive separatamente, pur concorrendo nel risultato della decisione, per difendere lo *stare decisis*. Ad avviso di Roberts, la Corte poteva raggiungere la stessa conclusione senza rigettare lo storico precedente³¹. A non convincere è, in particolare, il parallelismo che Alito ha tracciato tra l'*overruling* di *Roe* e il rigetto di *Plessy* e *Lochner*³². Il *Chief Justice* evidenzia come si tratti di decisioni intervenute in circostanze molto diverse. Mentre *Dobbs* sottrae un diritto alle cittadine americane, riconosciuto da circa quaranta anni, *Brown* riflette un momento di consapevolezza della società statunitense e *West Coast* rispecchia le profonde trasformazioni politico-sociali dell'epoca del *New Deal*³³.

Equiparando l'*overruling* in contesti giudico-politici di estensione dei diritti alle fasce più deboli della popolazione all'operazione concettuale con la quale si annulla una decisione passata per, invece, escludere il riconoscimento di un diritto, *Justice* Alito manifesta alcune contraddizioni del ragionamento. La fondatezza degli storici *overruling* che cita, infatti, risiede nella circostanza per cui le sentenze che li hanno prodotti sono state accolte dalla comunità politica come conquiste di libertà, sedimentando una certa cultura giuridico-politica. In altri termini, si tratta pur sempre di precedenti non-originalisti nel metodo che, cionondimeno, hanno conquistato un posto nella storia del diritto costituzionale americano. Alito però soprassedie su questo aspetto e, nella medesima *opinion*, cele-

²⁶ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 37.

²⁷ 300 U.S. 379 (1937).

²⁸ 347 U.S. 483 (1954).

²⁹ 198 U.S. 45 (1905).

³⁰ 163 U.S. 537 (1896).

³¹ *Dobbs v. Jackson*, Roberts, C.J., concurring in the judgment, 1-2.

³² *Ibidem*, 11.

³³ *Ibidem*.

bra tanto la metodologia storico-ricostruttiva quanto il successo di precedenti che quell'approccio metodologico hanno smentito apertamente.

4. L'originalismo e il corpo delle donne

Il ragionamento della maggioranza nella decisione *Dobbs* radica il riconoscimento dei diritti nel momento storico di adozione degli emendamenti costituzionali. L'opzione metodologica è giustificata, sul piano teorico, con la necessità di tutelare il testo scritto che si assume marginalizzato dalla crescita esponenziale del diritto costituzionale per via giurisprudenziale. La prospettiva originalista è quella di preservare la Costituzione intesa come documento giuridico che delinea un modello di società la cui tutela è compito della Corte Suprema assicurare. Ciò non implica che gli Stati siano limitati nel loro potere di ampliare la tutela dei diritti ben oltre quanto previsto dalla Costituzione federale. Piuttosto, il ragionamento originalista punta a rinviare alla sede politica – e dunque alla volontà del popolo interpretata dai suoi rappresentanti – il riconoscimento di tutte le posizioni giuridiche non previste dalla Costituzione originaria. *Dobbs* rappresenta un esempio paradigmatico di questo approccio. Infatti, Alito scrive espressamente che le donne possono ambire al riconoscimento del diritto all'aborto attraverso l'esercizio delle loro libertà politiche, dal momento che possiedono tutti gli strumenti per agire politicamente e ottenere l'affermazione delle loro pretese³⁴.

L'appello al momento politico e al corpo elettorale è, tuttavia, carico di ambiguità per almeno due ragioni che è opportuno esplorare separatamente. In primo luogo, questo ragionamento nega apoditticamente un elemento della realtà fattuale ossia l'assenza della voce femminile nella fase costituente americana e in ogni momento politicamente significativo dall'adozione della Costituzione ai *Reconstruction Amendments*. La tesi della conservazione del significato originale del testo determina la cristallizzazione di un modello sociale che ha a lungo marginalizzato le donne attraverso la negazione della pienezza dei diritti di cittadinanza. In questo senso, l'originalismo perpetua un ordine di valori sul quale è stato costruito un consenso limitato ai soggetti politici legittimati a esprimersi all'epoca dell'adozione del testo costituzionale. Diversamente detto, il concetto di *original understanding* ignora che l'atto di volontà politica incorporato nella Costituzione non riflette necessariamente le istanze di coloro che non erano riconosciuti come soggetti politici nella fase costituente³⁵.

In secondo luogo, con l'argomento difeso nella pronuncia *Dobbs* la Corte intende rinunciare a esercitare una funzione contromaggioritaria ovvero a rispondere alle esigenze di protezione non accolte dal processo democratico. L'approccio contromaggioritario, infatti, muove dalla constatazione dell'esistenza di *claims* che non raggiungono il circuito politico per ragioni che hanno a che fare con il

³⁴ *Dobbs v. Jackson*, slip op., 65. In particolare, Justice Alito scrive: «Women are not without electoral or political power. It is noteworthy that the percentage of women who register to vote and cast ballots is consistently higher than the percentage of men who do so». Sul punto v. 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*, v. 53, n. 3, 2022, disponibile all'indirizzo internet <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>.

³⁵ Sul punto v. anche R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, cit., 15.

limitato accesso alla rappresentanza del gruppo che avanza le richieste di tutela³⁶. La maggioranza in *Dobbs* si smarca dal problema negando che il diritto all'aborto necessiti di tutela giudiziale come istanza di protezione proveniente da una parte della popolazione femminile e non catturata dal circuito democratico. Al contrario, secondo il giudice Alito le donne hanno sufficiente peso politico – rappresentando, nella sua ricostruzione, una quota di elettori registrati più alta rispetto a quella degli uomini – per poter agevolmente ottenere il riconoscimento legislativo della pretesa di cui sono portatrici.

Il ragionamento di *Justice* Alito suggerisce che alle donne sia richiesto di superare due ostacoli giuridici e fattuali. Il primo è rappresentato dalla necessità di confrontarsi con il modello sociale della Costituzione originaria nella consapevolezza che l'esistenza femminile era lì immaginata come periferica e soggetta a condizionamenti di fatto che il diritto, specie costituzionale, non aveva l'ambizione di risolvere. Il secondo è invece costituito da quegli elementi di realtà, provati da dati ampiamente noti e discussi nel dibattito pubblico americano, che documentano le circostanze di marginalizzazione esistenziale, politica ed economica delle donne³⁷. Il riferimento è, in particolare, alla frequenza di episodi di violenza, anche domestica, alla ridotta (benché crescente) presenza femminile nei circuiti politici, alla scarsa partecipazione delle donne alla creazione di ricchezza e, per contro, alla sovra-rappresentazione delle donne nel mercato del lavoro sommerso o in alcune industrie illecite, come quella delle prestazioni sessuali. La distanza tra la ricostruzione della maggioranza e la realtà fattuale è stata giustificata dallo stesso giudice Alito. A chiusura dell'*opinion* si legge, infatti, che la Corte è tenuta a interpretare e applicare il dato giuridico e non a subire l'influenza delle circostanze di fatto o delle aspettative della società civile³⁸. Questa rigida separazione tra fatto e il diritto tradisce le simpatie formaliste dell'*originalism*, avanzate spesso dallo stesso giudice Scalia nelle fasi storiche in cui ha cercato di difendere il merito scientifico di questa dottrina dell'interpretazione³⁹.

Se osservato da questo punto di vista, l'*originalismo* propugna una visione del diritto costituzionale che marginalizza il contributo che le porzioni della società storicamente escluse dal riconoscimento dei diritti possono offrire all'attualizzazione del significato della Costituzione. In questo senso, *Dobbs* rigetta le letture della pratica abortiva che piuttosto che insistere sulla negazione della maternità, pongono in luce come la scelta di non proseguire la gravidanza rifletta spesso decisioni di vita scaturite da circostanze di fatto complesse e legate alla particolare realtà sociale, magari di svantaggio economico, in cui versa ciascuna donna. Di più, questa versione dell'*originalismo* nega il significato politico delle leggi restrittive che la sentenza *Dobbs* consente agli Stati di adottare. Imponendo la prosecuzione di gravidanze non volute, infatti, quelle leggi impediscono alle donne di pensare il corpo come proprio e di costruire un'esistenza libera da condizionamenti che molto hanno a che fare con un'impostazione tradizionale che concepisce lo spazio pubblico (e politico) come luogo maschile e lo spazio privato come posto di elezione delle donne. Questa separazione riflette poi una divisione dei

³⁶ V.B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 73, 1998, 333.

³⁷ V. i dati elaborati dall'Institute for Women's Policy Research, disponibili all'indirizzo internet <https://statusofwomendata.org/about/>.

³⁸ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 69.

³⁹ C.R. SUNSTEIN, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, in *Yale Law Journal*, 107, 1997, 529.

ruoli che esclude le donne dagli spazi di decisione politica e dalle *chance* di partecipazione economica.

5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

Nella *dissenting opinion*, i giudici *liberal* Breyer, Kagan e Sotomayor hanno insistito sulla difesa dello *stare decisis*, chiarendo che il rigetto di un precedente necessita di almeno due valutazioni: a) un eventuale mutamento legislativo e b) il cambiamento delle circostanze di fatto nell'ambito delle quali è maturata la decisione. A questi due elementi si può eventualmente aggiungere l'apprezzamento dell'"età" del precedente, nel senso che l'autorevolezza della decisione passata aumenta con il tempo trascorso da quando è stata resa. Su questa base, l'*overruling* della decisione *Roe* è un errore di applicazione degli *standards* generalmente adottati per stabilire il rigetto di un precedente proprio in ragione dell'affidamento che milioni di donne hanno maturato nei confronti della regola di diritto ivi contenuta.

La difesa della dottrina dello *stare decisis* convive, nella *dissenting opinion*, con una timida critica all'analisi storica condotta dalla maggioranza. Per i giudici *liberal*, il vizio originario di quell'indagine è metodologico e consiste nel circoscrivere l'osservazione della realtà giuridica a un'epoca in cui le donne non avevano un peso politico reale. Si tratta pertanto di un'analisi che necessariamente penalizza gli interessi del gruppo sociale le cui istanze non erano né tenute in considerazione né rappresentate nel periodo storico oggetto di osservazione.

Questo giudizio sul metodo dell'analisi storica non revoca comunque in dubbio l'appropriatezza di un ragionamento che ricostruisce la fondatezza di una pretesa di protezione costituzionale alla luce del suo radicamento nel tessuto culturale e, dunque, della sua attitudine a esprimere la tradizione americana. Si tratta, invero, di un approccio condiviso anche da giudici non originalisti e che, anzi, rappresenta il metodo privilegiato per decidere della natura fondamentale o meno di un diritto costituzionale. La pronuncia *Obergefell v. Hodges*⁴⁰ ha impiegato questo approccio per sostenere l'esistenza di un *fundamental right to marry* che non tollerava discriminazioni⁴¹. A rendere problematico questo metodo di ricostruzione della natura fondamentale di un diritto nel caso *Dobbs* è il suo essere coerente con le posizioni espresse dall'originalismo inteso in senso ideologico, cioè come dottrina che predica il ritorno al modello della Costituzione liberale ottocentesca.

Osservata da questo angolo prospettico, l'adesione all'originalismo come dottrina privilegiata dell'interpretazione costituzionale da parte della quasi totalità dei giudici supremi – comprese la giudice *liberal* Kagan e la neonominata Brown Jackson⁴² – rappresenta una negazione del femminismo

⁴⁰ 576 U.S. 644 (2015).

⁴¹ D.H.J. HERMANN, *Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges*, in *Indiana Law Journal*, 49, 2016, 367.

⁴² V. per esempio le affermazioni favorevoli all'impiego dell'*original understanding* delle giudici liberal Elena Kagan e Ketanji Brown Jackson: rispettivamente *The Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary*, United States Senate One Hundred Eleventh Congress, Second Session June 28–30 and July 1, 2010, Serial No. J–111–98, 62, disponibile all'indirizzo <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg67622/pdf/CHRG-111shrg67622.pdf> e *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7,

politico di Justice Ginsburg, scomparsa nel 2020. Con l'espressione "femminismo politico" si intende qui indicare la visione della giudice secondo la quale la parità di genere poteva essere realizzata solo attraverso la garanzia eguale di *chances* di vita e di realizzazione, non sacrificate dalla stereotipizzazione dei generi⁴³. La parità e l'eguaglianza, infatti, erano per lei funzionali alla progressiva tutela dell'effettività dei diritti e delle libertà costituzionali riconosciuti dall'ordinamento alle donne, come agli uomini.

Interrogata sulla sua visione dell'esperienza dell'oppressione femminile, la giudice ha descritto in primo luogo le gabbie di vetro, talvolta costruite con intenti presuntivamente protettivi, che imprigionavano di fatto l'espressione dell'intelletto e della personalità femminile⁴⁴. Così, per Ginsburg «for a half century ... it remained the prevailing doctrine that government, both federal and state, could withhold from women opportunities accorded to men so long as any 'basis in reason' could be conceived for the discrimination»⁴⁵. La giudice faceva riferimento a una cultura e a un'impostazione dogmatica prevalente, senza però necessariamente connetterla all'esistenza di strutture istituzionali o di pensiero intenzionalmente oppressive. Per questa ragione, ella credeva che l'eguaglianza si potesse costruire a partire dall'eliminazione sistematica del pregiudizio nei confronti delle donne. La giudice era consapevole che talvolta la legge incorporava pregiudizi di genere, pur senza essere il frutto di strategie oppressive, ma più semplicemente di atteggiamenti culturali risalenti. Per esempio, nella sentenza *Sessions v. Morales Santana*,⁴⁶ Ginsburg denunciava, in un caso concernente la trasmissione della cittadinanza, l'esistenza di una certa narrativa di genere, sottesa a talune disposizioni legislative che prevedevano condizioni più vantaggiose per il trasferimento della cittadinanza al figlio straniero per la madre non sposata. La giudice coglie che la previsione legislativa poggiava sul pre-

disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>. Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, 709.

⁴³ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il femminismo politico di Ruth Bader Ginsburg: riflessioni a partire dalla sentenza Little Sisters Of The Poor V. Pennsylvania*, in I. SPIGNO, T. GROPPI, *Ruth Bader Ginsburg*, Bologna, in corso di stampa.

⁴⁴ Come riferisce nell'intervista J. TOOBIN, *Heavyweight. How Ruth Bader Ginsburg has moved the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 3 novembre 2011, disponibile all'indirizzo www.newyorker.com/magazine/2013/03/11/heavyweight-ruth-bader-ginsburg; v. anche Id., *The Nine*, New York, 2007, 82-83.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ 132 S.Ct. 1678 (2017). Il caso riguardava l'acquisizione della cittadinanza per nascita. Il ricorrente è un cittadino straniero, condannato per una serie di reati e destinatario di un provvedimento di espulsione. Egli appella il decreto di *removal* e dichiara di essere in realtà cittadino americano *by birth*, pur essendo nato nella Repubblica Dominicana. Il padre, infatti, era cittadino degli Stati Uniti, benché residente all'estero al momento della nascita. Tuttavia, l'*Immigration and Nationality Act*, nella versione in vigore al momento dei fatti, sottoponeva la trasmissione della cittadinanza al figlio, quando uno dei genitori è cittadino straniero e la nascita avviene in territorio estero, a talune condizioni. In particolare, il genitore cittadino americano doveva dimostrare di aver risieduto negli Stati Uniti per almeno dieci anni, cinque dei quali nel periodo successivo al compimento del quattordicesimo anno di età. La legge prevedeva una sola eccezione per le madri non sposate, la cui cittadinanza poteva essere trasmessa al figlio nato all'estero alla condizione, assai meno restrittiva di aver vissuto almeno un anno negli Stati Uniti in un qualunque periodo di vita precedente alla nascita del figlio. Justice Ginsburg rintraccia, in questa differenza di trattamento una violazione del V Emendamento per discriminazione sulla base del sesso.

supposto di fatto per cui la responsabilità di cura è generalmente affidata alle donne. Da questa consapevolezza nasce la necessità che l'interprete sia informato dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per dischiudere ricostruzioni che possono apparire lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali (in particolare quello dell'uguaglianza)⁴⁷ e allo sviluppo del *case law*. Diversamente detto, l'interprete può e deve affrancare la legge dagli stereotipi di genere, senza dover esser tacciato per questo di occupare il terreno del legislatore.

In ragione di questa sensibilità femminista, lo stile argomentativo di Ginsburg era caratterizzato dall'analisi di dati numerici e circostanze fattuali di vita delle donne, specialmente se lavoratrici e a basso reddito. Piuttosto che indagare le costruzioni concettuali che presidiano certe scelte legislative o certe posizioni intellettuali, per esempio quelle anti abortiste, Justice Ginsburg decideva di seguire una strada diversa: la descrizione e la comprensione della posizione delle donne, con l'obiettivo di migliorarne la condizione nell'ordinamento giuridico e, di riflesso, nella società e nella comunità politica. Il metodo della giudice era femminista nella misura in cui mirava all'esposizione dei dati di realtà e, quindi, alla costruzione di un argomento che fosse ancorato al fatto e non schiavo di posizioni ideologiche o di ricostruzioni storiche avulse dalla realtà contemporanea. La dimensione politica del suo femminismo era, invece, visibile nel concepire autonomia ed eguaglianza delle donne come termini coestensivi: l'una attira a sé l'altra e senza la prima, la seconda non può essere realizzata. In questa precisa prospettiva, l'autonomia delle donne, nel senso dell'indipendenza ottenuta attraverso l'emancipazione dal controllo del maschile, era sempre politica perché serviva a guadagnare un posto nella società civile, al di fuori delle mura domestiche.

Per questa ragione, la giudice difendeva il diritto all'aborto come scelta di autodeterminazione riproduttiva, sul presupposto che una gravidanza non voluta imponesse – almeno in certe circostanze – scelte che avrebbero condizionato l'intera esistenza delle donne interessate.

Nell'opinione dissenziente della decisione *Dobbs* – forse complice l'assenza della neogiudice Brown Jackson, non ancora in carica – non vi è traccia di questo approccio se non in alcune affermazioni che sembrano però insistere più sul tema dell'affidamento che il precedente *Roe* aveva generato, che sulla natura dell'interesse protetto dal diritto alla libertà delle scelte riproduttive⁴⁸. Se fosse stata presente, la giudice Ginsburg avrebbe probabilmente ancora una volta posto l'accento sulla circostanza per cui il diritto all'aborto non solleva soltanto un interrogativo di libertà, ma anche uno di eguaglianza. In altre parole, questo diritto non corrisponde soltanto al riconoscimento di uno spazio di libertà della donna, ma anche a uno strumento per garantire – specialmente nelle situazioni di svantaggio economico – chance di vita e realizzazione attraverso la posticipazione nel tempo o l'esclusione dell'esperienza della maternità.

⁴⁷ Sull'appartenenza del principio della *gender equality* alla *Constitution* v. il confronto tra i giudici Scalia e Ginsburg riportato in *Justices Scalia and Ginsburg on the First Amendment and Freedom*, in *C-SPAN* (17 aprile 2014), <https://www.c-span.org/video/?318884-1/conversation-justices-scalia-ginsburg-2014>.

⁴⁸ *Dobbs v. Jackson*, cit., slip op., 148 (Breyer, J., Kagan, J., Sotomayor, J., dissenting opinion): «For half a century, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), and *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), have protected the liberty and equality of women. *Roe* held, and *Casey* reaffirmed, that the Constitution safeguards a woman's right to decide for herself whether to bear a child».

Se si osserva la difesa delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne appare chiaro come l'originalismo metta in discussione la concezione dell'eguaglianza come percorso progressivo di estensione delle *chances* di emancipazione sociale che la giudice propugnava⁴⁹. Persino Ginsburg riconosceva il successo dell'originalismo; chiariva però che la dottrina era condivisibile solo se intesa come richiamo all'ispirazione fondamentale del costituzionalismo americano, cioè alla centralità delle idee di libertà e di eguaglianza. Questa diade si realizzava nel progressivo allargamento della base sociale e nella difesa degli spazi di libertà privata del singolo. Per la giudice, questa graduale storia di liberazione ed emancipazione avrebbe dovuto riguardare anche le donne, le quali dovevano essere poste nella condizione di costruire un progetto di vita a prescindere dalle aspettative sociali imposte e dai ruoli che, anche inconsapevolmente, il diritto aveva contribuito a cucire loro addosso. Per dimostrare le sue tesi, la giudice citava dati empirici, statistiche, circostanze di fatto. Di questo approccio attento a richiamare la realtà dell'oggi a fronte della tutela degli equilibri costituzionali e delle strutture di pensiero dell'epoca dei Padri Fondatori vi è scarsa traccia in *Dobbs*. In questa sentenza manca, dunque, una voce non originalista sulla condizione femminile.

Il cedimento al *mainstream* originalista non implica, come si è tentato di dimostrare, che i *liberal* abbiano rinunciato alla difesa dello *stare decisis* e, per questa via, a tutelare talune delle conquiste in tema di diritti civili. Questa resa però è carica di implicazioni per il riconoscimento dei diritti delle donne e, soprattutto, per le battaglie di emancipazione che hanno caratterizzato la giurisprudenza americana tra gli anni Settanta e Novanta.

⁴⁹ V. per esempio R. BADER GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, 67, 1992, 1185. Per Ginsburg il femminismo non deve necessariamente tradursi in una critica distruttiva delle istituzioni e degli istituti giuridici, la rappresentanza, la famiglia e così via. Piuttosto, il femminismo deve porsi innanzitutto il problema di essere politico ossia di determinare conseguenze nell'elaborazione e nell'applicazione del diritto esistente nelle comunità politiche. E, infatti, in non poche occasioni Justice Ginsburg evidenzia la necessità di interpretare la legge in chiave di sradicamento delle costruzioni pregiudiziali che assegnano necessariamente un certo posto alle donne (e agli uomini, per conseguenza) in virtù della mera appartenenza di genere. Un esempio è l'*opinion* nella decisione *Sessions v. Morales Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017). Il percorso argomentativo della giudice riproduce alcuni dei *topoi* del pensiero liberal: l'esistenza di una certa narrativa di genere sottesa a talune disposizioni legislative risalenti nel tempo, la necessità che l'interprete sia consapevole dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per eventualmente dischiudere ricostruzioni lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali e allo sviluppo del *case law*.

Per un'etica della differenza femminile

Grazia Zuffa*

TOWARDS AN ETHICS OF FEMALE DIFFERENCE

ABSTRACT: The ruling of the US Supreme Court *Dobbs vs Jackson*, which has taken away women's constitutional right to reproductive autonomy, shows the permanence of the political and ethical conflict on abortion, more than fifty years after the legalization of abortion. The article illustrates the Italian public debate since the approval of the reform in the Seventies (l.194/78), highlighting the political and ethical position inspired by the concepts of gender difference and female "authority" in procreation, rooted in women's experience of "giving birth to humans". In accordance with gender difference, women's reproductive autonomy is an ethical principle, which recognizes women as free and responsible subjects. If this principle is challenged, women are reduced to their bodies and degraded to "nurturing systems of life". The ethics of female "authority" in generation restores the full human meaning of "coming to life", against the "biological essentialism" of the catholic doctrine as well as of parts of secular culture.

KEYWORDS: Reproductive autonomy; gender difference; female authority in procreation; biological essentialism; catholic and secular cultures

ABSTRACT: La sentenza della Corte Suprema *Dobbs vs. Jackson*, che ha cancellato il diritto costituzionale all'autodeterminazione riproduttiva, mostra, ben oltre i confini americani, la persistenza del conflitto etico e politico sull'aborto, a oltre cinquanta anni dalla fine del regime di proibizione. L'articolo ripercorre il dibattito italiano a partire dagli anni settanta e dall'approvazione della l.194/78, mettendo in evidenza la posizione etica e politica ispirata al "primato" femminile nella procreazione, radicato nella esperienza delle donne di "mettere al mondo" il vivente. In coerenza col riconoscimento della differenza di genere, l'autodeterminazione è un principio etico che vede la donna come soggetto libero e insieme responsabile: negandolo, si riduce la donna a muta corporeità, degradandola a "sistema di approvvigionamento di vita". L'etica del primato femminile nella procreazione restituisce la piena umanità del "venire al mondo", contro l'essentialismo biologico della dottrina cattolica e di settori della cultura laica.

PAROLE CHIAVE: Autodeterminazione riproduttiva; differenza di genere; primato femminile nella procreazione; essentialismo biologico; dottrina cattolica e cultura laica

* Presidente de' La Società della Ragione onlus, componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail:zuffagrazia@gmail.com. Contributo su invito.

SOMMARIO: 1. L'aborto, al centro della restaurazione – 2. Nell'intreccio di etica e politica – 3. L'attacco alla autonomia riproduttiva – 4. I "diritti" del non-nato – 5. La l. n. 194 e l'ambiguità della scelta femminile – 6. Il dopo-legalizzazione: la donna da "vittima" a "egoista irresponsabile" – 7. Etica individuale ed etica relazionale – 8. Il matricidio simbolico e la disumanizzazione della nascita.

1. L'aborto, al centro della restaurazione

La sentenza della Corte Suprema statunitense *Dobbs v Jackson* – che ha eliminato dalla Costituzione il diritto all'autodeterminazione riproduttiva demandando al potere legislativo dei singoli stati (senza più alcun vincolo costituzionale) – è un segnale preoccupante ben oltre i confini americani. Dice a tutti e tutte noi, cittadini e cittadine dei paesi di democrazia avanzata, che la restaurazione dei "valori" familiari tradizionali è fondante del pensiero neo-conservatore. E poiché di quei valori la donna non può che essere la "naturale" custode, ne consegue la necessità di rimettere la donna e il suo corpo al "giusto posto", riassoggettata a un potere altro da lei: che storicamente ha preso le forme del controllo maritale, del controllo medico, di quello della legge. L'aborto e la sua collocazione giuridica rimangono perciò una questione politica cruciale: tanto più al presente, considerato che le altre forme di controllo, quello maritale *in primis*, sono difficilmente praticabili, perché urterebbero frontalmente con il sentire femminile ma anche con un sentire sociale diffuso. Per di più, se è l'attacco all'aborto legale è da sempre la carta privilegiata della destra, non è però mai stato delimitato in quel recinto politico ideologico. Questo è vero anche nel contesto italiano, come mi accingo ad illustrare. L'opposizione all'autodeterminazione femminile nella procreazione è favorita anche dalla scarsa presenza – e dalla diffusa sottovalutazione – del patrimonio di pensiero femminile nella cultura politica e mediatica (in Italia ma non solo). Nei circa cinquanta anni successivi allo sgretolamento della proibizione sotto l'incalzare dei movimenti neo-femministi, il dibattito si è svolto, salvo rare eccezioni, come se le donne non avessero detto niente di significativo. «Si pontifica di morale non dando nessun valore alla parola femminile, come se fosse irrilevante chi abortisce», nota puntualmente Cecilia D'Elia¹.

Da qui l'insistenza con cui il tema aborto e la sua sistemazione giuridica si propongono e ripropongono sotto diversi cieli, pressoché con la stessa carica di conflitto con cui si sono presentati all'inizio. Ciò non significa che il confronto/scontro si sia dispiegato negli stessi termini, ovviamente. Analizzeremo in dettaglio lo sviluppo del dibattito, iniziando com'è naturale dalla sentenza statunitense.

2. Nell'intreccio di etica e politica

In premessa, è però opportuna una notazione circa l'intreccio fra etica e politica, nella elaborazione delle donne e più in generale nel dibattito pubblico. Da un punto di vista politico, l'aborto non è mai stato solo un problema di legge, per le donne; quanto di affermazione di soggettività a partire da quel corpo "differente", sottoposto al potere patriarcale. Da qui il significato dirompente della presa di parola sulla *esperienza* femminile della sessualità e della maternità; e dell'aborto, perché proprio

¹ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, Roma, 2008, 9.

in quell'accadimento la legge di proibizione rendeva manifesta, anche simbolicamente, la reificazione estrema del corpo di donna, ridotto a contenitore di un processo vitale – o meglio a «sistema di approvvigionamento di vita»². L'aborto ("libero, gratuito e assistito", per usare lo slogan del movimento femminista della metà degli anni settanta) era (ed è) un obiettivo squisitamente politico, in quanto ridisegna il terreno del rapporto/conflitto fra i sessi, oltre a misurarsi con gli aspetti di minaccia alla salute e di ingiustizia sociale dell'aborto clandestino. Ed è al tempo stesso un dilemma bioetico, perché si confronta con la differenza del corpo di donna, quel corpo capace di mettere al mondo il/la vivente: una bioetica alla ricerca di principi nella *esperienza del soggetto sessuato vivente*, vale la pena di sottolinearlo di nuovo; e che proprio per questo è capace di nutrire la politica, anch'essa bene ancorandola a quel vissuto.

Da quei lontani anni settanta, lo scenario è progressivamente cambiato, nel rapporto fra etica e politica e l'aborto segnala vividamente il cambiamento. Superato il proibizionismo, e con ciò arginato lo scandalo sociale della clandestinità, la politicità dell'aborto è entrata in ombra, a favore di un dibattito imperniato su principi e valori "etici" (bene esemplificato dal dibattito sull'attribuzione di diritti all'embrione). Alla radice dello slittamento, c'è di certo la scelta di ignorare l'elaborazione femminile, nella sua potenzialità di tenere insieme etica e politica, con un approccio originale che scompagina l'egemonia dei tradizionali schieramenti, dell'etica laica e dell'etica cattolica.

Hanno influito però anche altri fenomeni, *in primis* il progressivo indebolimento della politica, priva di un orizzonte di trasformazione alimentato da ideali – di uguaglianza, di giustizia sociale, di realizzazione umana. Da qui la tendenza a spostare sempre più temi e problematiche sul piano etico, alla ricerca di principi "assoluti", sganciati dalla concretezza della storia, dei rapporti sociali, dei rapporti fra i sessi: sganciati cioè dal discorso politico, nella sua versione più alta. Il risultato è un connubio della cultura laica e della cultura cattolica nel tradurre questioni politiche e giuridiche senza alcuna mediazione in "questione etiche".

Per il campo cattolico, l'abuso dell'etica operato dalla Chiesa ufficiale avviene nelle forme più tradizionali della morale naturale, laddove la natura è intesa nel senso strettamente biologico. L'esito è un nudo riduzionismo biologico condensato nella "sacralità della vita": dagli anni ottanta in poi, questa posizione contraddistingue la Chiesa in tema di aborto e tecnologie riproduttive³; con considerevole influenza anche in campo laico, come si vedrà più avanti.

3. L'attacco alla autonomia riproduttiva

La sentenza *Dobbs* annulla le precedenti sentenze *Roe* e *Casey*, che avevano offerto protezione costituzionale al diritto della donna di decidere se portare avanti una gravidanza oppure no⁴. Con la sen-

² B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, 1994.

³ E. FATTORINI, *Legge e morale nella obiezione di coscienza*, in *Memoria*, 26, 2, 1989, illustra il conflitto fra la posizione della Chiesa, di assolutizzazione della natura secondo un impianto positivista, e la teologia morale di autori quali Karl Rahner e Jurgen Moltmann, secondo cui non c'è nulla di assoluto nella creazione, neppure la vita, tantomeno la legge: le scelte etiche del cattolico si esprimono dunque, anche rispetto alla morale cattolica, nella libertà e responsabilità dei credenti.

⁴ Secondo queste sentenze, il diritto all'aborto aveva come limite temporale lo stadio di sopravvivenza del feto fuori dal corpo della madre.

tenza *Roe*, il diritto all'autonomia riproduttiva si radicava nel XIV emendamento che protegge la libertà personale. L'autodeterminazione si presentava quale requisito essenziale per assicurare la libertà personale del soggetto femminile, garantendo così l'eguaglianza⁵. I fondamenti costituzionali dell'aborto – libertà personale ed eguaglianza – sono illustrati con efficacia dai giudici dissenzienti (Breyer, Sotomayor e Kagan): «Rispettare una donna come essere autonomo nel riconoscimento della piena uguaglianza significava darle la facoltà di scelta circa le decisioni più personali e più gravide di conseguenze sulla propria vita»⁶.

La sentenza *Dobbs* attacca la precedente impostazione ponendosi dal punto di vista del feto, poiché – sostiene – per effetto delle sentenze *Roe* e *Casey* il feto sarebbe privo del più elementare dei diritti, il diritto alla vita. E infatti *Dobbs*, pur non nominando mai né le donne né i loro diritti, molto si spende sull'interesse degli Stati a proteggere la vita del feto. Con l'eliminazione della garanzia costituzionale per i diritti delle donne, il bilanciamento degli interessi della donna e del feto è affidato agli stati. Ma proprio l'eliminazione di tale garanzia *in nome dei diritti del feto* offre di fatto agli stati una indicazione politica e legislativa: gli stati sono cioè incoraggiati a emanare leggi per vietare l'aborto⁷.

Vale la pena menzionare l'interpretazione "originalista" della Costituzione, in base alla quale *Dobbs* ha negato la copertura costituzionale all'autonomia riproduttiva. Secondo questa dottrina, i diritti costituzionali per essere tali devono essere radicati nella storia e nella tradizione americana: il diritto all'aborto non avrebbe questi requisiti. A riprova, è citato il passato di proibizione dell'aborto, mentre i cinquanta anni successivi alla sentenza *Roe* vengono espunti dalla tradizione. Con tale argomentazione, l'aborto diventa la punta di diamante e il simbolo dell'attacco a tutte le conquiste di diritti civili degli anni settanta, la carta di identità della restaurazione neoconservatrice⁸.

La sentenza *Roe* è inoltre accusata di "usurpazione di poteri" poiché avrebbe sottratto al popolo la decisione circa una questione di grande importanza morale e sociale come l'aborto. Con ciò *Dobbs* opera un radicale rovesciamento istituzionale: la Corte Suprema ha infatti una funzione di garanzia nel presidiare i diritti fondamentali. Tali diritti non possono essere affidati alle maggioranze politiche poiché costituiscono il tessuto di principi e regole di civiltà condiviso, in cui tutti i cittadini e le cittadine sono chiamati a riconoscersi. Dunque, il declassamento dell'autonomia riproduttiva – da diritto costituzionale a questione «di morale e di politica» – è una diretta lesione allo status di cittadinanza

⁵ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *The Constitutional right to reproductive autonomy: realizing the promise of 14th amendment*, 2022, in <https://reproductiverights.org/constitutional-right-reproductive-autonomy-14th-amendment/>. La posizione del *Center for Reproductive Rights* è articolata: si difende l'autonomia riproduttiva riconosciuta dalla sentenza *Roe*, ma al tempo stesso la si giudica insufficiente per assicurare l'equità sociale e garantire il diritto di aborto alle donne appartenenti alle minoranze etniche. Per questo si invoca anche "il diritto alla eguale protezione e libertà dalla discriminazione".

⁶ Traduzione mia.

⁷ M.G. GIANMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all'autodeterminazione*, in *Giudicedonna.it*, 1, 2022, in bit.ly/3YeGbqz.

⁸ M.G. GIANMARINARO, *op. cit.*, ragiona sulle conseguenze dell'interpretazione "originalista" in altri campi dei diritti civili: «se la tradizione giuridica americana dovesse essere valutata [...] senza una particolare considerazione della sua evoluzione più recente, perfino la schiavitù o quanto meno la segregazione razziale – peraltro esecrata dalla Corte – potrebbe essere considerata più radicata nella storia americana rispetto alle conquiste della stagione di diritti civili».

delle donne. *Dobbs* lede così il principio di uguaglianza fra donne e uomini poiché alle donne non è riconosciuta la scelta «circa le decisioni più personali e più gravide di conseguenze sulla propria vita». Libertà personale e uguaglianza sono principi fondamentali anche per la tradizione europea, e a questi si rifà ad esempio il giurista Luigi Ferrajoli. Per Ferrajoli la differenza femminile si sostanzia nel “diritto-potere di generare”: negare la libertà di scelta su aborto e procreazione equivarrebbe a disporre del suo corpo come mezzo per fini a lei estranei, violando la libertà delle donne e l'uguale valore delle persone⁹.

Dobbs muove all'attacco dell'autonomia femminile in nome dell'embrione e dei suoi diritti. Sotto diversi cieli e diversi orientamenti culturali, la questione embrione si è andata affermando come bandiera in opposizione all'autonomia riproduttiva delle donne: sventolata anche, anzi soprattutto, in America, dal movimento antiabortista. Lì è approdata nelle aule di tribunali, dove alcuni giudici di stati conservatori, in cause concernenti di solito donne minorenni che vogliono interrompere la gravidanza, nominano un legale rappresentante del feto. Dopo che l'accesso all'aborto non è più riconosciuto come diritto costituzionale, è naturale aspettarsi che la tendenza a riconoscere la personalità giuridica del feto si rafforzi¹⁰.

4. I “diritti” del non-nato

Il «cittadino embrione»¹¹ è figura che emerge nel discorso pubblico verso la fine degli anni ottanta, accompagnando la difficile applicazione delle leggi di legalizzazione, da un lato; dall'altro, il progressivo sviluppo tecnologico nel campo della gravidanza e della procreazione medicalmente assistita. Verso la fine degli anni novanta, le tecnologie della riproduzione assistita hanno già trasformato l'immagine della maternità e hanno rafforzato la rappresentazione del feto “separato” e “autonomo” dalla donna gravida. Il processo inizia con le tecnologie visive della gravidanza, che rendono “trasparente” il corpo della futura madre e si ripercuotono sul vissuto femminile: come magistralmente argomenta Barbara Duden, sono le donne stesse a viverci come «sistema di approvvigionamento di vita».

Scrive Duden a proposito dello slittamento di senso della gravidanza e di percezione della stessa da parte della donna: «Il bambino è diventato un feto, la donna incinta un sistema uterino di approvvigionamento, il nascituro “una vita” e la “vita” un valore cattolico-laico quindi onnicomprensivo. Con stupore e sgomento ho seguito questo ribaltamento della percezione della gravidanza nella socie-

⁹ L. FERRAJOLI, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e Diritto*, 2-3, 1994, 475-488.

¹⁰ L. PORTUONDO, *A push to recognize the rights of the unborn is growing in America*, in *The Economist*, 7 July 2022, <https://www.economist.com/united-states/2022/07/07/a-push-to-recognise-the-rights-of-the-unborn-is-growing-in-america>.

¹¹ Col «cittadino embrione», riprendo il titolo di un capitolo del libro sulle tecnologie riproduttive scritto da me e Maria Luisa Boccia sul finire degli anni novanta (M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasie, norme*, Milano, 1998). Circa il passaggio dalla personificazione dell'embrione all'attribuzione di diritti, cfr. anche T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica, di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, e M.L. BOCCIA, *L'embrione sovrano*, in S. BONSIGNORI, I. DOMINIANNI, S. GIORGI (a cura di), *Si Può. Procreazione assistita, norme, soggetti, poste in gioco*, Roma, 2005.

tà»¹². Per Duden, questo ribaltamento pone una questione epistemologica e insieme di teoria della storia, molto difficile da porre nel bel mezzo «della guerra per la salvezza della vita»¹³. Si afferma un concetto di “vita” lontano dall’esperienza della donna che avverte la crescita del figlio/a dentro di sé. Il vissuto femminile si fonda sull’inscindibile fusione di corpo/ mente, di pensiero ed emozioni, che, a partire dal processo biologico, lo trascende nella “fabbricazione” dell’umano, il bambino/la bambina che nascerà. A questa opera umana della madre nel suo corpo vivente si contrappone la “sacralità della vita”, ridotta al processo biologico. Su una pura entità biologica, l’embrione, si costruisce l’immagine del “feto pubblico” che reclama la vita a prescindere dalla madre, ridotta ad “ambiente di vita”. Se la nuova costruzione simbolica del feto pubblico ha acquistato consistenza “scientifica” con le tecnologie visive che rendono trasparente il corpo della donna incinta, la creazione dell’embrione in provetta con lo sviluppo delle tecnologie della riproduzione conclude il processo di “autonomizzazione” del feto¹⁴. «Il corpo vetrina, simbolicamente ridotto ad ambiente di vita, con le tecnologie riproduttive si materializza come tale: un utero in cui collocare il prezioso prodotto del laboratorio del biologo»¹⁵.

La “vita nascente” diventa così protagonista nel dibattito pubblico degli anni successivi alla legalizzazione dell’aborto, attraverso una ridefinizione epistemologica della scena della procreazione, in cui si inserisce la questione aborto: che rimane evento cruciale su cui si condensano le conseguenze del “ribaltamento” di cui Duden parla .

Per comprendere la dialettica attuale della “scelta femminile” versus la “tutela della vita nascente”, è utile ricostruirne il percorso storico, iniziando dal dibattito intorno a quella che sarebbe stata la l. n. 194/1978.

Già allora si configurano le diverse etiche: da quelle tradizionali, l’etica laica e l’etica cattolica, nelle loro divergenze e convergenze, segnalate da Duden, alla nuova etica della differenza femminile, che mette al centro la relazione con il nascituro nel corpo vivente e pensante della madre.

5. L’ambiguità della scelta femminile nella legge 194/1978

Nel pieno della battaglia per superare il proibizionismo, i due schieramenti sono divisi dal ruolo del diritto penale, con il mondo politico cattolico perlopiù restio a rinunciare alla valenza, *in primis* simbolica, della proibizione. Dal canto loro, la gran parte dei laici sostenitori di una nuova legge si appellano alla “debolezza” delle donne, “costrette” all’aborto dalle contraddizioni sociali, e poste a rischio della vita e della salute per l’illegalità: proprio questa immagine di oppressione contribuiva a smussare il significato dell’aborto come “scelta”, nella norma della legge che lasciava a lei la decisione finale. Al nocciolo, l’autodeterminazione non rappresentava tanto un riconoscimento di soggettività alle donne, quanto piuttosto la rinuncia dello Stato a imporsi – con un potere decisionale a lei esterno –

¹² B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit., 8.

¹³ *Ibidem*, 8.

¹⁴ G. ZUFFA, *Senza la madre, la tentazione dei diavoli*, in S.BONSIGNORI, I.DOMINIANNI, S.GIORGI (a cura di), *Si Può. Procreazione assistita, norme, soggetti, poste in gioco*, cit., 59-69.

¹⁵ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre*, cit., 63.

rispetto a una “non scelta” della donna, legata – come detto – a una situazione di arretratezza socio-culturale¹⁶.

Si badi che tale interpretazione della decisione finale alla donna permetteva alle forze laiche di matrice marxista di trovare un punto di incontro con gli orientamenti cattolici democratici. Sono illuminanti le parole della senatrice Giglia Tedesco, protagonista della battaglia parlamentare: «Consentire che la valutazione e la decisione finale spetti a lei riflette il fatto che si tratti di uno stato speciale di necessità che solo la donna alla fine può valutare»¹⁷. La raffigurazione della donna “costretta” ad abortire ridimensionava la sua autonomia, e dunque bene si accordava con l'altro pilastro ideale della legge: il ruolo dello Stato nella “tutela della vita umana fin dal suo inizio”, contenuta all'articolo 1.

Lo Stato non si ritrae dall'ambito della procreazione e mantiene appieno la sua potestà regolativa, anche se mutata di segno. Come ribadisce Tedesco, lo Stato non rinuncia affatto a intervenire, si ritira però dal terreno penale per un più efficace coinvolgimento sul piano sociale. Il penale non è però del tutto abbandonato poiché «mancando questo coinvolgimento, l'aborto rimane reato»¹⁸.

Il «coinvolgimento del sociale» in un evento così personale e così «gravido di conseguenze sulla vita» della persona (per citare ancora le parole dei giudici americani dissenzienti) ha inevitabilmente una valenza ambigua, rafforzata dalla scelta di mantenere l'aborto illegale al di fuori delle strutture pubbliche¹⁹. Dal fronte laico, il ricorso obbligato al pubblico è motivato quale strumento di più efficace impegno della società “a non lasciare sola” la donna. Laura Conti acutamente definisce «raggelante» l'idea «che la solidarietà possa essere non già offerta, bensì imposta» così come è raggelante identificare la libertà con la «solitudine»²⁰. Il “solidarismo autoritario” è una tendenza culturale presente in settori di sinistra, così come in settori cattolici, riscontrabile in molti altri ambiti (si veda ad esempio il dibattito sulle droghe e la tossicodipendenza). Tuttavia, nell'imposizione del canale pubblico per l'aborto traspare una più decisa declinazione del concetto (e della pratica) della “solidarietà” in “potere di controllo”, per altro segnalato dal permanere del divieto di aborto al di fuori di certe condizioni (non solo l'obbligo del pubblico, anche quello dei sette giorni di “riflessione” obbligata)²¹. Peraltro, la competenza normativa dello Stato rimane scolpita nell'articolo 1, nel ribadito compito di «tutela della vita umana dal suo inizio». Alla base della 194 non c'è dunque l'autonomia riproduttiva (come nella sentenza *Roe*) e infatti la legge italiana è differentemente incardinata nella «tutela della salute psicofisica» della donna²².

¹⁶ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, cit.

¹⁷ Dal discorso pronunciato da G. Tedesco in Senato nella seduta del 10 maggio 1978, riportato in C. D'ELIA, *op. cit.*, 50.

¹⁸ IBIDEM.

¹⁹ L'interruzione volontaria di gravidanza – si badi – è l'unico intervento sanitario per cui esiste l'obbligo di rivolgersi alla struttura pubblica; anche perché, nel campo della salute, di norma si valorizza la scelta del paziente.

²⁰ L. CONTI, *Il tormento e lo scudo. Un compromesso contro le donne*, Milano, 1981, 47.

²¹ *Ibidem*.

²² Per l'impianto della 194, si veda la sentenza della Corte Costituzionale n.27 del 18 febbraio 1975, che dichiarò non punibile l'aborto terapeutico sulla base della non equivalenza del diritto alla vita e alla salute «di chi è già persona» e «di chi persona deve ancora diventare», ribadendo al contempo il fondamento costituzionale della «tutela del concepito».

Si alzano anche altre voci autorevoli, in ambito laico, che attribuiscono all'autodeterminazione un significato che va oltre la lettera della legge e, soprattutto, la lettura dell'aborto come "non scelta" della donna-vittima, incapace di governare le contraddizioni sociali fra l'essere donna e l'essere madre. Per questi laici, il riconoscimento alle donne del potere di decisione se interrompere o meno una gravidanza rappresenta la presa d'atto della particolare e irripetibile situazione che lega la donna al concepito, ossia del potere femminile di procreare²³. Questa è la posizione che più si avvicina all'elaborazione dell'arcipelago femminista, poiché mette in relazione la limitazione del potere proibitivo/regolativo della legge alla presa d'atto della differenza femminile. Nell'ambito di una concezione di "diritto mite", si riconosce che quel che c'è prima della nascita non riguarda il diritto, che è impotente e può solo far danni²⁴. La lettura della "impotenza del diritto" mostra un punto di convergenza con settori del movimento femminista, vedi il gruppo "Rivolta Femminile" fondato da Carla Lonzi. Lonzi dichiara l'estraneità alla modifica della legge di proibizione poiché «da uno a tre milioni di aborti clandestini calcolati in Italia ogni anno costituiscono un numero sufficiente per considerare decaduta di fatto la legge antiabortiva»²⁵.

Se alcuni gruppi non riconoscono la legge come obiettivo, altri si impegnano a fondo nella battaglia. Nell'insieme però, il movimento femminista si muove su un piano oltre la legge, di lavoro sulla soggettività, come già accennato. Lo dimostra l'evoluzione di significato del termine "autodeterminazione", che inizialmente, più che riferirsi alla scelta di "madre/non madre", allude ad una presa di distanza della donna dal ruolo, a uno spostamento di risorse dalla dipendenza dall'uomo e dalla famiglia verso sé stessa. Autodeterminazione indica perciò il percorso attraverso cui le donne pervengono a interrogarsi su "chi sono, cosa voglio e posso essere". Solo nel pieno dello scontro sull'aborto, la parola si lega alla scelta di procreare²⁶.

Per tornare alla clandestinità e alla trasgressione di massa della proibizione, di ciò si danno due diverse interpretazioni. Da una parte si mettono in luce le "ragioni" femminili che hanno *il potere* di mettere in scacco la potestà regolativa dello Stato; dall'altro al contrario si sottolineano le conseguenze in termini di "misera" femminile: per contenerla, si fa appello ancora alla legge, nella veste di sostegno alla donna (seppur ambiguo). Da quest'ultima impostazione scaturisce la legge 194 (di legalizzazione a determinate condizioni), mentre l'ipotesi in coerenza con la prima è di semplice depenalizzazione: sostenuta da diverse esponenti del mondo femminista²⁷.

²³ Cfr. M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre*, cit., 137-138, che riportano le parole di Stefano Rodotà e Giovanni Berlinguer. In particolare, Giovanni Berlinguer (L'Unità, 28 aprile 1997) riconosce il ruolo dei movimenti femministi nell'inquadrare correttamente la tragedia degli aborti clandestini, che si possono prevenire solo sul riconoscimento della decisione autonoma delle donne, e non sulle condanne morali o peggio sulle sanzioni penali. La legge – conclude Berlinguer – fu dunque «un atto di fiducia delle donne in se stesse e di tutti verso le donne».

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992.

²⁵ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel. E altri scritti*, Milano, 1978. Si tratta del documento di Rivolta Femminile del 1971 (citato in C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, Roma, 2017, 57). A differenza di altri gruppi, come il Movimento Liberazione Donna Mld che nel 1971 presentava una legge di iniziativa popolare in merito (C. D'Elia, *L'aborto e la responsabilità*, cit., 17-19).

²⁶ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *Autodeterminazione, aborto e maternità: distinguere ciò che è andato confuso*, in *Procreare verso il duemila, Donna, Parlamento, Società*, 10, novembre 1987.

²⁷ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

La diversificazione degli argomenti addotti contro la proibizione permette di capire a fondo il carattere di difficile compromesso della 194. Per alcuni la legge segnala il ritirarsi dello stato in corrispondenza della presa d'atto del "primato" femminile nella procreazione: si riconosce alla donna la responsabilità, inscindibile dalla libertà. Per altri, è riconfermata la competenza normativa dello Stato, seppur mutata di segno.

6. Il dopo-legalizzazione: la donna da "vittima" a "egoista irresponsabile"

Mi sono soffermata sulla legge 194 non tanto per un giudizio politico su quel compromesso, che comunque ha rappresentato un passo avanti nella configurazione di un *habeas corpus* femminile²⁸; quanto per meglio comprendere gli sviluppi delle posizioni in campo nel dopo legalizzazione, specie nella dialettica laici-cattolici.

Nel dopo 194, il confronto parte infatti dall'applicazione della legge. Chi vi si era opposto, si appella ora all'articolo 1 per interpretare le procedure della legge – in specie il colloquio col medico e la pausa obbligata di riflessione – in chiave di pressione dissuasiva sulla donna. Più tardi l'obbligo di rivolgersi alla struttura pubblica viene sollevato anche per respingere la novità della pillola abortiva, la RU486: visto che – si sostiene – l'espulsione del feto avverrebbe a casa, non in ospedale come prevede la legge. A meno che, per rispettare la norma, le donne non si sottopongano a un ricovero che potrebbe prolungarsi fino a 15 giorni²⁹. E di nuovo risuona l'ambiguo richiamo alla "solitudine" della donna, da sanare con il (conseguentemente ambiguo) ricorso al sociale. La "solidarietà sociale" è invocata anche da chi, come Roberto Formigoni, propone modifiche alla legge quali la istituzione di comitati etici che possano proporre alla donna soluzioni diverse dall'aborto³⁰.

Se per le forze cattoliche più conservatrici la "tutela della vita nascente" è interpretata come diretta interferenza nella decisione della donna, per le forze che hanno voluto la legge tale tutela è per così dire sospesa in presenza di perduranti condizioni sociali sfavorevoli alla scelta femminile di essere/non essere madre. Come dire: la sua "debolezza" la esime dal subire l'ultima ingiustizia di doversi sottoporre al giudizio di un "tribunale morale", venuto meno quello penale. Se però la tragedia dell'aborto clandestino sbiadisce e l'immagine di "misericordia" femminile legata alla "piaga sociale" dell'aborto si ridimensiona, la facoltà di scelta di un soggetto femminile "forte" rischia di tramutarsi in arbitrio. Da vittima a (potenziale) nemica della "vita nascente": due facce della stessa medaglia, che non riconosce la donna come soggetto, libero e responsabile. In ultimo, è un voltare gli occhi di fronte alla posizione asimmetrica degli uomini e delle donne nella procreazione³¹.

Non a caso, le divergenze nel fronte laico favorevole alla legalizzazione si accentuano, di fronte alla nuova rappresentazione delle donne legata al crescente protagonismo sociale femminile. Sul finire

La proposta di depenalizzazione tornerà negli anni novanta, a valorizzare la storia secolare di autorizzazione femminile (Cfr. l'appello intitolato "Una proposta per cancellare la parola aborto dal codice penale", pubblicato nel mensile *Noi Donne* del marzo 1993).

²⁸ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

²⁹ A. MORRESI, E. ROCCELLA, *La favola dell'aborto facile. Miti e realtà della pillola Ru486*, Milano, 2006.

³⁰ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico. Sul conflitto politico e morale intorno all'aborto*, in *Reti*, 5, settembre/ottobre 1989.

³¹ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

degli anni ottanta, alcuni esponenti di spicco del fronte laico accusano le donne che ricorrono all'aborto di scelte "egoiste e irresponsabili", rilanciando così la questione della tutela di legge della "vita nascente", in convergenza col fronte cattolico contrario alla 194. Per questi settori laici non si tratta tanto di modificare la legge, quanto di spostare il confronto sul piano etico, verso un rafforzato impegno di aiuto alla donna (psicologico, morale, economico) per «decidere responsabilmente». È questa la posizione di Giuliano Amato³².

Amato ha il merito di avere argomentato con chiarezza i fondamenti di una nuova etica laica, contro quello che definisce lo «stile ribaldo della non etica» dei laici sostenitori della 194. Per lui, la legge si fonda su una «etica individuale», imperniata sulla assoluta libertà della donna che cancellerebbe l'interesse e la libertà del nascituro.

7. Etica individuale ed etica relazionale

Ma la sua tesi è contraddittoria: l'aborto visto come contrapposizione di due distinti soggetti e di due distinti interessi, della donna e del feto – rispetto alla quale la società avrebbe il compito di prendere partito – non supera l'etica individuale tanto criticata. Riconoscere una pluralità di interessi individuali non permette, anzi allontana da una «etica relazionale»: che, rispetto alla procreazione, non può non partire dalla speciale relazione di corpo e mente della donna col nascituro per trarne le conseguenze. In altre parole, la contrapposizione fra autodeterminazione femminile e "interesse del feto a nascere", posta a fondamento del "dilemma morale" dell'aborto, non tiene conto della soggettività materna: solo attraverso di lei si può "riconoscere" l'altro/l'altra, ovvero quel progetto di vita a lei così intimamente legato/a. La considerazione sociale del feto non può avere altro tramite che la coscienza femminile, poiché essa è in certo modo misura di "definizione umana" di colui/colei che si avvia ad essere altro/altra da lei. Perciò l'autodeterminazione è un principio etico, in cui la libertà di scelta della donna è inscindibile dalla sua responsabilità verso l'altro/a. Si configura così un'etica di relazione attraverso il soggetto femminile, in contrapposizione all'etica individuale, che richiede la mediazione statale fra opposti diritti e interessi individuali³³. In ultima istanza, la discriminante fra le due etiche passa dalla diversa considerazione dell'opera della madre; fra una idea di "corpo pensante" *versus* un corpo "ammutilato" e ridotto a "sistema di approvvigionamento di vita".

Torneremo ancora sull'etica del primato femminile nella procreazione. Prima però, per meglio cogliere le convergenze fra laici e cattolici, va ricordata la nuova strategia della Chiesa, contenuta nella «Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione»³⁴ del 12 marzo 1987, della Congregazione per la dottrina della fede, sotto la guida del futuro papa Ratzinger. Con l'Istruzione è accantonato il precedente discorso della Chiesa sulla immoralità dell'aborto (così come della immoralità della contraccezione) in quanto violazioni del dovere (morale) di trasmettere la vita

³² G. AMATO, *Un aborto di aborto*, intervista a cura di CRISTINA MARIOTTI, in *L'Espresso*, XXXV, 28, 16 luglio 1989.

³³ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico. Sul conflitto politico e morale intorno all'aborto*, in *Reti*, 5, settembre-ottobre 1989.

³⁴ Congregazione per la dottrina della fede, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 12 marzo 1987, <https://centriateneo.unicatt.it/bioetica-DonumVitae.pdf>.

umana³⁵. Al centro è collocata la *certezza* biologica del patrimonio genetico dello zigote che diventa *la verità* del suo carattere di «essere umano, nella sua interezza fisica e spirituale»³⁶.

Dal punto di vista della Chiesa, i vantaggi di questa nuova impostazione sono molteplici. L'embrione "personificato" – sulla base di una interpretazione delle nuove acquisizioni scientifiche in campo genetico – diventa una bussola di orientamento tanto per l'aborto che per la procreazione medicalmente assistita. Esso trasforma l'affermazione di principio circa il dovere dello stato di «tutela della vita umana fin dal suo inizio» in precisa rivendicazione di diritti; che lo stato deve assicurare a maggior ragione, in quanto il cittadino-embrione si presenta come il più debole e indifeso. Con ciò si conclude il ribaltamento dell'immagine femminile: la "vittima" di un tempo diventa colei che, con l'aborto, compie un crimine che fa parte della più generale «guerra dei potenti contro i deboli»³⁷.

8. Il matricidio simbolico e la disumanizzazione della nascita

Il guadagno più importante è nell'influenza su settori di pensiero laico. Si veda ancora Giuliano Amato che trova nella personalità giuridica dell'embrione un "gancio etico"; e Antonio Baldassarre che, pur dichiarando di non volere parlare della 194, "da laico" sostiene «che la vita coincide con il momento della individualità, che non significa separazione dalla madre, ma avere già un qualche cosa di autonomo all'interno del ventre materno». Baldassarre attacca la sentenza *Roe* che poneva come limite all'aborto i sei mesi (sulla base del fatto che dai sei mesi in poi il feto può avere una vita autonoma e dunque una capacità di relazione). La vita – sostiene il presidente della Corte Costituzionale – c'è anche prima che il soggetto sia ritenuto capace di una vita di relazione³⁸.

Sono parole che vanno ben oltre la regolamentazione dei tempi per l'interruzione di gravidanza. L'essentialismo biologico, assunto trasversalmente dalle culture cattoliche e laiche, si pone a fondamento "oggettivo" dello statuto giuridico, e prima ancora sociale, dell'embrione: contrapponendosi a ogni idea di socialità e di relazione sperimentata finora da noi umani.

Con conseguenze perturbanti: come si concilia con l'esperienza materna – e con l'esperienza umana più in generale – l'idea «di un qualche cosa di autonomo all'interno del ventre materno»? Torna alla mente l'invito – contenuto nell'Istruzione – a seguire l'esempio del buon Samaritano e «a riconoscere anche il più piccolo fra i figli degli uomini come prossimo», come «fratello». In proposito, il commento di Duden³⁹ è calzante: «Il documento invita tutti gli esseri umani all'amore per un fratello invisibile, privo di volto e di membra [...] l'esortazione a vedere come persona nello zigote un essere umano nella sua interezza fisica e spirituale produce un concetto completamente nuovo dei termini "fisico" e "vedere", costringendo inoltre [...] a dare alle espressioni "fratellanza cristiana" e "amore per il prossimo" un significato diverso dal passato». E conclude: «Che cos'hanno da dire le donne a un samaritano che cerca il suo prossimo nel loro ventre?».

³⁵ Cfr. la enciclica *Humanae Vitae* di Paolo VI

³⁶ B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit., 30.

³⁷ Cfr. la *Evangelium vitae* di Giovanni Paolo, 1995.

³⁸ Si tratta di una intervista dell'allora presidente della Corte Costituzionale, Antonio Baldassarre, a Radio Vaticana, del maggio 1995, e di un successivo articolo (*l'Unità*, 11 maggio 1995), riportati in C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, cit., 77-78.

³⁹ B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit. 30-31.

L’embrione che diventa «uno di noi» da «amare» senza possibilità di relazione – nel senso che a questo termine abbiamo finora dato – produce un profondo mutamento antropologico della scena della procreazione, con un effetto disumanizzante. L’eclissi della madre, attraverso la riduzione di lei a corporeità muta e inerte, porta con sé l’eclissi dell’intero tessuto di relazioni umane che danno senso al venire al mondo. «La venerazione di cui l’embrione è fatto oggetto è una manifestazione dell’oblio della relazione, della condizione dei e delle viventi di essere tra e con altri altre»⁴⁰. E dell’oblio della nascita, come “venire al mondo”. Il matricidio simbolico fa vacillare il senso dell’umano: «poiché la creazione della singolarità, che garantisce una irripetibile biografia per ognuno/a di noi (fuori dall’anonimia della “individualità biologica”) si crea per la mediazione vivente di un’altra singolarità»⁴¹.

È ora di porre rimedio alla colpa etica della civiltà patriarcale: che ha cercato di dominare il timore di non-essere nati, sottomettendo la madre e il suo potere di dare la vita⁴². Riconoscere l’opera della madre quando sceglie di metterci al mondo e offrirle per questo la gratitudine che merita: questo è il giusto posto che finora le è stato negato. E anche il “gancio etico” che costituisce un vantaggio, per donne e uomini.

⁴⁰ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre*, cit., 154.

⁴¹ M.L. BOCCIA, *Senza la madre l’indifferenza della vita, Il Manifesto*, 16 febbraio 1997.

⁴² L. MURARO, *L’ordine simbolico della madre*, Roma, 1991.

La depenalizzazione dell'aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico

Susanna Mancini*

THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN COLOMBIA: THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS AND STRATEGIC LITIGATION

ABSTRACT: This article analyzes the progressive decriminalization of abortion in Colombia. It focuses on the case-law of the Colombian Constitutional Court, and in particular on its reliance on international human rights law and on dignity, as well as on proportionality as a judicial standard to strike down provisions criminalizing abortion. Moreover, the article emphasizes the role of transnational social movements in shaping the Court's case-law and in changing social perceptions on abortion. It argues that the Colombian case showcases how the Court's approach may ultimately diffuse tension and protect its own legitimacy.

KEYWORDS: Colombia; abortion; constitutional court; mobilization; vulnerability; intersectional equality; conscientious objection; dignity

ABSTRACT: Il lavoro tratteggia la progressiva depenalizzazione dell'aborto in Colombia, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale. Si mette in luce in particolare l'utilizzo l'uso da parte della Corte dei trattati sui diritti umani e della dignità, nonché del principio di proporzionalità, per affermare l'incostituzionalità delle norme penali che vietavano l'aborto. Il lavoro dà poi conto del ruolo dei movimenti sociali colombiani e transnazionali nel plasmare sia la giurisprudenza della Corte che la percezione sociale dell'aborto. La conclusione che si propone è che il caso colombiano dimostra come le corti, quando decidono su questioni profondamente divisive, possano adottare approcci che consentono di attenuare le tensioni e proteggere la propria legittimità.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Corte costituzionale; mobilitazione; vulnerabilità; eguaglianza intersezionale; obiezione di coscienza, dignità

SOMMARIO: 1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana – 2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006 – 3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza – 4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022 – 5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione.

* *Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna. Mail: susanna.mancini@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio.*

1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana

Il panorama latino-americano è stato caratterizzato tradizionalmente da un massiccio uso del diritto penale come strumento primario di tutela della vita prenatale, nonché da un diffuso riconoscimento dei diritti del concepito. Innumerevoli sono state le condanne di stati latino-americani da parte dei comitati per i diritti umani (*in primis* il Comitato CEDAW), che hanno messo in luce le drammatiche conseguenze di queste misure repressive draconiane sui diritti delle donne, a partire dal diritto alla vita, alla salute e alla dignità.

Nell'ultimo ventennio, tuttavia, in tutto il continente latino-americano il movimento per depenalizzare l'aborto ha acquisito un impulso crescente, concretizzatosi, *inter alia*, nell'orchestrazione di strategie di contenzioso strategico transnazionale, volte all'affermazione dei diritti riproduttivi.

In questo contesto, la Colombia, che fino al 2006 criminalizzava l'aborto senza eccezioni, rappresenta una delle vittorie più spettacolari. Nel 2006, la Corte costituzionale colombiana, con la decisione C-355/2006, ha depenalizzato l'aborto nei casi di stupro e incesto e di rischio per la salute della gestante. Nonostante la sentenza del 2006 sia stata limitata nel suo campo di applicazione, non deve sottovalutarsi la sua portata autenticamente rivoluzionaria in termini di argomentazione giuridica. La sentenza, infatti, è stata una delle prime decisioni giudiziarie al mondo a radicare il diritto all'aborto nel principio di uguaglianza, e ad affermare che i trattati sui diritti umani obbligano gli stati che li hanno ratificati a garantirne l'accesso, almeno in alcune situazioni. La sentenza C-355/2006, poi, ha avuto ripercussioni di grande importanza al di fuori dei confini nazionali, ponendosi come modello di riferimento in altri contesti latino-americani, che hanno portato avanti progetti di depenalizzazione dell'aborto, in particolare in Messico, Brasile, Argentina e Uruguay.

I principi affermati dalla Corte colombiana nella sentenza del 2006 non sono però stati di facile attuazione. Gli anni immediatamente successivi alla decisione sono stati caratterizzati dall'impegno del governo, in particolare del Ministero della Salute, nell'emanazione di regolamenti di attuazione della decisione e nella organizzazione di strutture sanitarie pubbliche che offrono servizi di interruzione della gravidanza. Parallelamente, le organizzazioni *pro-choice* hanno continuato la loro battaglia giudiziaria, denunciando sistematicamente le violazioni dei diritti riconosciuti dalla sentenza della Corte. Dopo il 2009, tuttavia, è divenuta assai più percepibile la reazione dei segmenti più conservatori delle istituzioni e della società colombiane, volta ad ostacolare l'attuazione della sentenza C-355/2006, soprattutto, anche se non esclusivamente, attraverso il ricorso all'obiezione di coscienza.

A fronte di questo contraccolpo conservatore, comune del resto a molti paesi latino-americani, si è assistito in tutto il continente alla nascita dell' "onda verde", un movimento che prende il nome dai fazzoletti verdi indossati dalle attiviste argentine per i diritti riproduttivi, e dotato di un importante significato di continuità intergenerazionale: l'Onda di oggi, così, si riconnette alla memoria dei movimenti per i diritti umani degli anni '70, in cui le donne protestavano contro la violenza di stato.

La Colombia, per la seconda volta, ha dato prova di un'eccezionale ricettività agli argomenti dei movimenti sociali. Nel 2022, infatti, la Corte costituzionale, con la decisione C-055/2022, ha depenalizzato l'aborto fino alla ventiquattresima settimana di gravidanza, con argomentazioni che, nuovamente, la pongono in una posizione di eccezionale progressismo nel contesto della tutela dei diritti riproduttivi.

A questa traiettoria sono dedicate le pagine che seguono. La Sezione 2 ripercorre il percorso che ha portato alla decisione del 2006, e ne mette in luce le argomentazioni di diritto costituzionale ed internazionale. La Sezione 3 tratteggia invece la complessa attuazione della sentenza del 2006, con particolare riguardo agli interventi della Corte in materia di obiezione di coscienza. Successivamente, la Sezione 3 analizza le novità introdotte dalla pronuncia del 2022, mettendo in luce, in particolare, l'uso da parte della Corte della declinazione intersezionale del principio di eguaglianza, e le argomentazioni utilizzate per limitare l'ambito della legislazione penale. Infine, la Sezione 4 propone alcune riflessioni su come la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte colombiana abbia mitigato le difficoltà che le corti incontrano nella regolamentazione di questione profondamente divisive quali l'aborto.

2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006

Prima della sentenza costituzionale C-355/06, con la quale l'aborto è stato parzialmente decriminalizzato¹, la Colombia aveva, come si è detto, una delle legislazioni sull'aborto più restrittive al mondo, non prevedendo alcuna eccezione alla sua criminalizzazione. I numerosi ricorsi alla Corte costituzionale non avevano sortito alcun effetto. Nel 1997 la Corte non aveva rinvenuto alcuna violazione della dignità delle donne nella proibizione dell'aborto anche quando la gravidanza è il frutto di uno stupro, perché «la donna non è padrona del prodotto vivo della fecondazione, che è un essere separato, titolare di una vita umana in formazione, ma autonoma. Per questo, la donna non può disporne». A sostegno di questa tesi, la maggioranza della Corte aveva citato due encicliche papali².

Per l'assenza di eccezioni al divieto di abortire e l'altissima mortalità materna che ne conseguiva, la Colombia era stata oggetto di critiche durissime da parte dei comitati internazionali sui diritti umani. Nel 1997, il Comitato per i Diritti Umani aveva accusato la Colombia di non affrontare efficacemente l'emergenza rappresentata dalla violenza contro le donne ed aveva espresso grande preoccupazione per l'alto tasso di mortalità femminile provocato dagli aborti clandestini³. Nel 2005, il Comitato era tornato alla carica notando «con preoccupazione che la criminalizzazione senza eccezioni dell'aborto produce situazioni in cui le donne sono costrette a sottoporsi ad aborti clandestini ad alto rischio», che si traducono nella «possibilità che siano perseguite penalmente le vittime di stupro e di incesto e le donne che la gravidanza pone in una condizione di pericolo. Lo Stato deve quindi decriminalizzare l'aborto in questi casi»⁴. Nel 1999, il Comitato CEDAW aveva censurato la Colombia, affermando che «le disposizioni di legge in materia di aborto costituiscono una violazione dei diritti delle donne alla salute e alla vita e dell'articolo 12 della Convenzione»⁵. Lo stesso anno era intervenuto anche il Comitato Inter-Americano per i Diritti Umani, a chiedere alla Colombia di modificare la legislazione, sulla

¹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

² Corte costituzionale della Colombia, C-013/97 (1997). Le encicliche citate sono *Humanae Vitae* (p. 17) e *Evangelium Vitae* (p. 20).

³ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 24, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.76 (5 maggio 1997).

⁴ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 13, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (6 maggio 2004).

⁵ CEDAW, *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Colombia* (2 maggio 1999), A/54/38.

base di statistiche che raccontano storie di miseria e di morte: 450.000 aborti illegali all'anno, che rappresentano la seconda causa di mortalità materna: il 23% per l'esattezza⁶. Nel 2000 era arrivata anche la condanna del Comitato che vigila sull'applicazione della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, preoccupato per l'alta mortalità materna, l'alto tasso di gravidanze tra le adolescenti ed il loro insufficiente accesso ai servizi di salute e consulenza sessuale e riproduttiva⁷.

Nel 2005, a fronte della mutata composizione della Corte, l'avvocata e attivista Monica Roa, con l'appoggio della piattaforma colombiana *Mesa para la salud de la mujer* e di *Women's Link Worldwide*, un'organizzazione internazionale *no-profit* per l'avanzamento dell'eguaglianza di genere, costituì un'ampia coalizione di gruppi di attivisti, un *think tank* di esperti di diritti sessuali e riproduttivi ed eguaglianza di genere, e, con l'appoggio delle facoltà di Legge di Yale e Harvard, nonché di *Human Rights Watch*, sferrò un attacco frontale alla regolamentazione dell'aborto. Da un lato, Monica Roa e il suo network diedero inizio ad una radicale campagna di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, che coinvolse, tra l'altro, molti operatori sanitari e media nazionali, tra cui il maggiore quotidiano colombiano, *El Tiempo*. Dall'altro lato, Roa impugnò gli articoli del codice penale che criminalizzavano senza eccezioni l'aborto, davanti alla Corte Costituzionale. Nel giro di un anno dall'inizio della campagna di Monica Roa, la posizione dei colombiani rispetto all'aborto era radicalmente mutata: dall'85% che si opponeva alla depenalizzazione parziale del 2005, si era passati al 60% a favore quando, nel 2006, una Corte spaccata cinque a quattro assunse la sua storica decisione, che, come prevedibile, ha scatenato tensioni fortissime e prodotto la scomunica dei giudici "colpevoli"⁸.

In sintesi, la Corte ha stabilito che la Costituzione colombiana e i trattati internazionali che proteggono i diritti umani ratificati dalla Colombia, proibiscono la totale criminalizzazione dell'aborto. In particolare, ha stabilito la Corte, la criminalizzazione è incostituzionale quando la gravidanza è il risultato di uno stupro o incesto, quando pone un rischio per la salute fisica o psichica della gestante e quando il feto è affetto da anomalie tanto gravi da non consentirne la sopravvivenza dopo la nascita. A sostegno di ognuna di queste circostanze, la Corte ha fatto leva sulla dignità come limite all'applicazione del diritto penale.

La Corte ha riconosciuto la molteplicità dei significati e delle funzioni della dignità nella Costituzione e nella giurisprudenza colombiana: dignità come principio fondamentale dell'ordinamento giuridico che ha quindi una dimensione assiologica come valore costituzionale; dignità come principio costituzionale e dignità come diritto fondamentale. Per la Corte, tutti questi significati vengono in gioco nell'effettivo operare della dignità nel sistema costituzionale. In particolare, il "principio" della, e il "diritto" alla, dignità umana non sono la stessa cosa. Essi, al contrario, sono «entità normative autonome, con caratteristiche distintive diverse, in particolare per quanto concerne la loro funzione all'interno del sistema giuridico». Quando la dignità è adoperata come parametro nelle decisioni giudiziarie, essa protegge: (i) l'autonomia, o la possibilità di decidere il corso della propria vita, e quindi

⁶ Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on Colombia 1999* OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (26 febbraio 1999).

⁷ CRC *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Colombia*, 48, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.137 (16 ottobre 2000).

⁸ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06. Sono così stati scomunicati i giudici Jaime Araujo, Alfredo Beltran, Manue José Cepeda, Humberto Sierra e l'unica donna giudice della Corte Clara Inès Vargas.

il «vivere la vita come lo si desidera»; (ii) alcune condizioni materiali dell'esistenza, o il «vivere bene», e (iii) alcuni beni intangibili quali l'integrità fisica e morale, cioè il «vivere liberi dall'umiliazione».

Scegliere di «vivere come lo si desidera» include il diritto di pianificare la propria esistenza e quindi di effettuare scelte con il massimo della libertà, e cioè con il minimo dell'interferenza sia da parte dello Stato che dei privati. La dignità, in altri termini, garantisce a tutti una sfera di autonomia e integrità morale, che, nel caso delle donne, si specifica anche nella libertà di assumere le proprie scelte riproduttive e di non essere costrette dentro «ruoli di genere che stigmatizzano», né soggette a «sofferenze morali» deliberatamente imposte. La dignità, così intesa, «limita la discrezionalità del legislatore in materia penale, anche nelle circostanze in cui il legislatore voglia proteggere altri valori costituzionalmente rilevanti come la vita. Dunque, quando il legislatore adotta una norma penale, non può ignorare che le donne sono esseri umani, meritevoli della dignità, e di essere trattate come tali, e non come strumenti riproduttivi per la specie umana. Il legislatore non può imporre il ruolo di riproduttrice ad una donna contro la sua volontà».

Una delle caratteristiche più salienti della sentenza della Corte costituzionale colombiana è il massiccio ricorso che essa fa ai trattati internazionali sui diritti umani. La Corte, per smontare l'argomento di alcuni *amici curiae* secondo cui il sistema internazionale protegge il diritto alla vita del feto, chiarifica quali debbono essere i capisaldi dell'interpretazione dei trattati a tutela dei diritti umani. La Corte rigetta l'interpretazione letterale, affermando che è necessario tenere in considerazione altri fattori, quali il contesto e l'obiettivo delle disposizioni in questione, anche alla luce dei cambiamenti avvenuti. Questo implica anche che i trattati sui diritti umani non possono interpretarsi come se fossero strumenti indipendenti ed isolati l'uno dall'altro, ma debbono considerarsi alla luce di, e in armonia con, gli altri trattati, anche se fanno parte di un sistema diverso, così da poter tenere in conto i cambiamenti sociali e le nuove sfide che la comunità internazionale deve affrontare, e giungere ad una interpretazione coerente del diritto internazionale pubblico⁹.

La Corte cita, a sostegno di questa tecnica interpretativa, la Corte Interamericana dei Diritti, che, sulla base dell'articolo 29 del patto di San José, Costa Rica, ha stabilito, come pure ha fatto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che «i trattati sui diritti umani sono strumenti viventi. La loro interpretazione deve avvenire in accordo con l'evoluzione dei tempi e con le condizioni sociali correnti». La Corte Interamericana ha anche affermato che «un'interpretazione evolutiva di questo tipo, è in armonia con l'articolo 29 della Convenzione Americana nonché con i principi stabiliti dalla Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati». Quindi i trattati sui diritti umani non suggeriscono l'esistenza di un dovere assoluto e incondizionato, per gli Stati, di tutelare la vita prenatale. Quest'ultima, piuttosto, va bilanciata con altri diritti, principi e valori riconosciuti in molteplici strumenti internazionali. E per far ciò si devono identificare i diritti della gestante¹⁰.

La Corte nota, a questo proposito, che i diritti delle donne si sono sviluppati massicciamente nel sistema ONU, e cita nel dettaglio vari documenti internazionali, e in particolare il Programma di Azione del Cairo e la Piattaforma di Pechino, a cui ho fatto riferimento più sopra. Inoltre, la Corte fa leva su vari trattati internazionali, che costituiscono la base per il riconoscimento e la protezione dei diritti riproduttivi, i quali, a loro volta, scaturiscono da altri diritti: la vita, la salute, l'eguaglianza, il divieto di

⁹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

¹⁰ *Ibid.*

discriminazione, la libertà, l'integrità fisica e psichica e la libertà dalla violenza. Oltre a questi diritti, che costituiscono le fondamenta dei diritti riproduttivi, la Corte fa riferimento ad altri diritti ad essi strettamente connessi, come il diritto al lavoro e all'istruzione. Quest'ultimo, in particolare, promuove la condizione delle donne nella famiglia e nella comunità a cui esse appartengono, ed è essenziale per sviluppare la consapevolezza, nelle donne e nelle ragazze, di essere titolari di diritti. Più specificamente, l'istruzione dovrebbe comprendere l'educazione alla sessualità e alla salute riproduttiva, e quindi fornire le conoscenze sulla base delle quali le ragazze e le donne possono poi effettuare scelte consapevoli, autonome e responsabili. Altri diritti umani che vengono poi in considerazione sono quelli al matrimonio e alla vita familiare, e al rispetto della vita privata, che è violato quando lo Stato o i privati possono interferire con il diritto della donna di decidere sul suo corpo e sulla sua sfera riproduttiva.

Tutti questi diritti, che possono costituire il parametro per proteggere e garantire i diritti sessuali e riproduttivi, sono codificati nella Dichiarazione Universale del 1948, nei Patti Internazionali del 1966, e nella Convenzione Inter-Americana sui Diritti Umani. Una tutela ulteriore e più specifica è poi assicurata alle donne dalla CEDAW e dalla Convenzione Inter-Americana sulla prevenzione, il perseguimento e l'eradicazione della violenza contro le donne (c.d. Convenzione di Belém do Pará), che forniscono un parametro interpretativo fondamentale sia per il diritto internazionale che per quello nazionale.

L'interpretazione di tutti questi documenti conduce la Corte a costruire l'accessibilità ai servizi di salute sessuale e riproduttiva come elemento strutturale del diritto alla salute, in particolare in riferimento alle esigenze delle donne che appartengono a gruppi particolarmente vulnerabili: le adolescenti, le donne povere, poco istruite, e le donne che vivono nelle aree rurali. La criminalizzazione delle procedure mediche che interessano esclusivamente le donne, costituisce in questo senso, per la Corte colombiana, una barriera all'accesso alle cure mediche necessarie, che discrimina le donne sulla base del loro genere nell'area della salute e costituisce una violazione dell'obbligo internazionale dello Stato di assicurare il godimento dei diritti senza discriminazione sulla base, *inter alia*, del sesso. Il rispetto degli obblighi internazionali si traduce, in altre parole, anche nell'obbligo degli Stati di adottare una prospettiva di genere nell'elaborazione delle politiche di salute pubblica.

La Corte, sulla falsariga della CEDAW, sottolinea anche la stretta connessione tra violenza di genere e diritti riproduttivi. Nel diritto internazionale, la violenza contro le donne è riconosciuta come una particolare violazione dei diritti umani connotata da una forte dimensione di genere. Diverse forme di violenza che colpiscono la salute fisica e psichica delle donne e la loro autonomia sessuale e riproduttiva, costituiscono violazioni dei diritti riproduttivi, ma anche una forma di discriminazione che impedisce alle donne di godere dei diritti e delle libertà su di un piano di eguaglianza con gli uomini¹¹.

Infine, la Corte sottolinea come vi sia stato un progressivo riconoscimento della violenza sessuale e riproduttiva anche come particolare forma di tortura e genocidio, assimilando dunque questo tipo di violazione dei diritti umani ai crimini contro l'umanità.

¹¹ Cfr. da ultimo il Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, per cui la necessità di depenalizzare l'aborto è una forma di contrasto alla violenza di genere: CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*, 14 marzo del 2019, <https://bit.ly/3kRK9XN> (ultimo accesso 13 febbraio 2023).

Una delle componenti essenziali dei diritti sessuali e riproduttivi è il diritto delle donne di scegliere liberamente se e quando avere figli, quanti averne e a che distanza l'uno dall'altro. Questo diritto, secondo l'interpretazione della Corte colombiana, discende direttamente dal principio della dignità umana e dai diritti all'autonomia e al rispetto della vita privata, come li riconoscono le convenzioni internazionali. Come hanno stabilito sia il Comitato per i Diritti Umani¹² che il Comitato CEDAW¹³, quando una donna incontra ostacoli nel controllo della propria fertilità si ha dunque una violazione di questi diritti.

I diritti sessuali e riproduttivi delle donne sono stati riconosciuti come diritti umani e come tali sono diventati parte dei diritti costituzionali che costituiscono la base fondamentale di tutti gli Stati democratici. In particolare, diritti sessuali e riproduttivi sono strettamente connessi al pilastro fondamentale della democrazia, il riconoscimento dell'eguaglianza, con particolare riferimento all'eguaglianza di genere. Data la condizione subalterna che nonostante il riconoscimento di tale principio, le donne continuano a sperimentare, la loro emancipazione è essenziale in ogni società democratica. Proteggere i diritti sessuali e riproduttivi conduce direttamente alla promozione della dignità di tutti gli esseri umani ed è un passo verso l'avanzamento della giustizia sociale e della democrazia.

Dunque, conclude la Corte, nonostante il diritto internazionale non detti le regole che determinano se e in che misura il legislatore statale possa utilizzare lo strumento penale nella regolamentazione dell'aborto, ed il legislatore nazionale goda quindi di un'ampia discrezionalità nella scelta delle politiche sull'aborto, questa discrezionalità incontra dei limiti, primo tra i quali il non privare di protezione alcuni valori costituzionali, che sono strettamente interconnessi a valori internazionali. Ma a ciò deve aggiungersi che il diritto penale, dato il suo potenziale compressivo del godimento dei diritti umani, deve essere utilizzato solo come ultima risorsa.

3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza

Come si è accennato nell'Introduzione, l'attivismo femminista non si è esaurito in Colombia con la sentenza del 2006. Al contrario, esso ha conosciuto una prima nuova stagione, tesa a garantire l'effettiva attuazione della decisione, attraverso campagne mediatiche ed una capillare opera di informazione e di *training* degli esercenti le professioni sanitarie. Facendo leva sulla definizione della salute elaborata dall'OMS, che include sia la salute mentale che la dimensione sociale, le attiviste colombiane sono riuscite ad affermare la nozione per cui il concetto di «rischio per la salute» include anche rischi futuri, che possono verificarsi in conseguenza della maternità¹⁴. Ciò ha facilitato notevolmente l'accesso all'aborto, come dimostra il fatto che la stragrande maggioranza delle interruzioni di gravidanza avvenga, in Colombia, per proteggere la salute della gestante¹⁵.

¹² Comitato per i Diritti Umani, Comunicazione No. 1153/2003 *K.L. v. Peru*.

¹³ Comitato CEDAW, Comunicazione No. 22/2009, *L. C. v. Peru*.

¹⁴ B.M. STIFANI, GL. URBANO, A.C. GONZALEZ VELEZ, C. VILLARREAL VELÁSQUEZ, "bortion as a human right: The struggle to implement the abortion law in Colombia", in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 143, 2018, 12-18.

¹⁵ Secretaría de Salud de Bogotá. Cifras SDS Bogotá 2014-2016.

La mobilitazione degli attivisti *pro-choice* non ha però potuto scardinare alcune radicate difficoltà e resistenze, che hanno ostacolato notevolmente l'applicazione della sentenza C-355/06.

In primis, non va dimenticato che la Colombia è un paese di grande estensione e caratterizzato da una marcata diversità geografica, nonché da una popolazione assai eterogenea, con forti disuguaglianze socioeconomiche, acuitizzate dall'alto numero di persone sfollate in conseguenza della *guerrilla*. Tutti questi fattori hanno notevolmente complicato la diffusione delle informazioni sulla nuova normativa ai potenziali utenti¹⁶, soprattutto nelle aree rurali e presso i segmenti più marginali della popolazione, in cui è più forte la stigmatizzazione della pratica abortiva¹⁷, per cui gli aborti clandestini continuano a prevalere¹⁸.

Un discorso a parte merita il ricorso all'obiezione di coscienza sui cui, come in gran parte dei paesi in cui l'aborto è legale, è stata fatta ampia leva in Colombia per frustrare l'attuazione della sentenza C-355/06¹⁹. E ciò, in particolare, grazie a due meccanismi: la sua invocazione da parte di soggetti diversi dagli operatori sanitari (le strutture, i magistrati, il personale amministrativo) e la riluttanza dei medici a dichiarare formalmente di essere obiettori, salvo rifiutare poi di partecipare alle procedure abortive, per timore di essere stigmatizzati, discriminati o denunciati, o perché soggetti a pressioni politiche a livello locale²⁰. A fronte di queste storture, nel 2009 la Corte costituzionale è intervenuta per chiarire quali sono i limiti all'obiezione di coscienza, che, pur essendo tutelata in termini assai ampi dall'art. 18 della Costituzione²¹, non è un diritto assoluto ed incontra limiti assai precisi²².

La decisione trae origine dall'obiezione di coscienza invocata da un magistrato, per ricusarsi dal procedimento in cui un ospedale aveva chiesto l'autorizzazione ad effettuare un aborto, e, successivamente, per negare l'accesso all'aborto alla ricorrente, che versava in una delle situazioni elencate dalla sentenza del 2006 per legittimare l'interruzione della gravidanza.

La Corte definisce l'obiezione di coscienza come un diritto fondamentale, che consente ad un individuo di perseguire la propria integrità morale, ma che non presuppone che altri debbano aderire alle credenze o alle azioni dell'obiettore (5.1.). Nonostante questo, tuttavia, l'obiezione di coscienza, quando si concretizza nel rifiuto di applicare la legge, impinge sul godimento dei diritti da parte dei terzi: per questo non è caratterizzabile come un diritto che affetta esclusivamente il soggetto che pretende di esercitarlo. Nel caso dell'interruzione della gravidanza, gli interessi in gioco sono tali da giustificare una restrizione della libertà di coscienza, la quale, se riconosciuta in via generale, violerebbe il diritto alla salute, l'integrità personale, il diritto a vivere in condizioni di qualità e dignità, nonché i diritti riproduttivi, che sono tutelati dalla Costituzione, ed infliggerebbe alle donne che ne fossero vittime un danno irreversibile.

¹⁶ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 14.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A. MALONEY, *Unsafe abortions common in Colombia despite law change*, in *Lancet*, 373, 2009, 534.

¹⁹ Per una panoramica sull'espansione e sulle distorsioni nell'invocazione dell'obiezione di coscienza in chiave comparata cfr. S. MANCINI, M. ROSENFELD (cur.), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, 2018.

²⁰ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 15.

²¹ Art. 18 Cost. Colombia: «Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia».

²² Corte Costituzionale della Colombia, sentenza T-388/2009 (2009).

In questa luce, secondo la Corte, se vi è solo un operatore sanitario in grado di praticare l'interruzione volontaria di gravidanza, questi è tenuto a farlo, indipendentemente dalla sua affiliazione ad una struttura sanitaria pubblica o privata, religiosa o laica. In queste circostanze, infatti, il diniego del servizio abortivo si risolve in un danno irreversibile alla gestante e nella violazione dei suoi diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Chiarito questo aspetto, la Corte passa poi alla fissazione dei limiti ai soggetti che possono esercitare l'obiezione di coscienza. Questa è invocabile solo dal personale medico direttamente coinvolto nella procedura di abortiva, mentre non lo è da parte del personale amministrativo e dai sanitari che esercitano mansioni di natura preparatoria all'intervento o assistono le pazienti nel post-operatorio. Inoltre, la Corte afferma a chiare lettere che l'obiezione di coscienza è un diritto strettamente individuale, che non può mai avere carattere istituzionale o collettivo, perché le persone giuridiche non sperimentano convinzioni intime e profondamente radicate (5.2.).²³

Su queste premesse, la Corte conclude affermando che l'obiezione di coscienza deve contribuire alla promozione e alla garanzia della diversità culturale e non ha natura assoluta. I medici che obiettano devono indicare la propria scelta per iscritto, corredando la dichiarazione con l'espletamento delle proprie ragioni. In tutti i modi, a questa scelta possono essere apposte limitazioni, quando essa si traduce in un ostacolo sproporzionato all'accesso all'aborto. L'autorità giudiziaria, dal canto suo, non può esercitare il diritto all'obiezione di coscienza per evitare di ottemperare a norme adottate in ossequio alla Costituzione. Questo, infatti, si tradurrebbe in un ostacolo illegittimo all'amministrazione della giustizia, nonché in una grave, arbitraria e sproporzionata restrizione dei diritti costituzionali fondamentali. E ciò anche perché molti dei diritti messi a repentaglio dall'esercizio dell'obiezione di coscienza sono il frutto delle battaglie condotte da settori della società storicamente discriminati, il cui riconoscimento è invisibile ad altri attori sociali che, facendosi schermo con l'obiezione di coscienza, cercano di proiettare le proprie convinzioni private nella sfera pubblica, utilizzando una logica prepotente ed escludente, del tutto contraria al dettato costituzionale (e in particolare agli artt. 1²⁴ e 7²⁵)²⁶.

²³ In questo la Corte colombiana diverge diametralmente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che nei casi *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ____ (2014) e *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Burwell* 573 U.S. ____ (2014) pur non avendo affermato che le persone giuridiche godono della libertà religiosa protetta dal I Emendamento, ha comunque riconosciuto che la tutela prevista dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) è più ampia rispetto al dettato costituzionale e si estende alle imprese commerciali. Un'impresa, secondo la Corte, altro non è che una forma organizzativa utilizzata da individui per realizzare determinati obiettivi. Le garanzie del RFRA costituiscono dunque protezione indiretta della libertà religiosa dell'imprenditore.

²⁴ Art. 1 Cost. Colombia: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

²⁵ Ar. 7 Cost. Colombia: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana».

²⁶ Sull'evoluzione dei conflitti in materia di obiezione di coscienza dopo la sentenza del 2009 cfr. S. MEDINA, *La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*, in *Revista Academia & Derecho*, 18, 2019, 105-126.

4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022

Come sopra accennato, i movimenti *pro-choice*, galvanizzati dai successi dell' "onda verde" nel continente latino-americano, hanno reagito al contraccolpo degli attivisti *pro-life* orchestrando una nuova battaglia volta ad ampliare la depenalizzazione dell'aborto.

Anche in questo caso, la Corte costituzionale si è dimostrata recettiva agli argomenti invocati dai movimenti, accogliendo il ricorso proposto dalla piattaforma *Causa Justa*, e, con la sentenza C-055/2022, ha depenalizzato il reato di aborto, previsto all'art. 122 del codice penale²⁷, se effettuato entro le prime ventiquattro settimane di gravidanza, dopo le quali si applicano le restrizioni previste dalla pronuncia del 2006²⁸. In altre parole, quindi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 122 c.p. e stabilito che le sanzioni penali si applichino – alla paziente ed ai sanitari – solo quando l'interruzione di gravidanza avvenga dopo la ventiquattresima settimana, e non sia motivata da ragioni di salute, violenza sessuale, incesto, inseminazione forzata, o malformazioni fetali incompatibili con la vita²⁹. La decisione ha natura obbligatoria e applicazione generale ed immediata, grazie alla cornice legislativa predisposta dal Ministro della Sanità e dalla stessa Corte costituzionale a seguito della pronuncia del 2006.

La Corte costituzionale colombiana utilizza – come già la Corte Suprema del Messico nel 2021³⁰ – un linguaggio inclusivo, facendo riferimento alle donne, alle ragazze e a tutte le *persone* incinte. I pilastri su cui la decisione si fonda l'eguaglianza, la dignità, la libertà di coscienza, il diritto alla salute, e il principio per cui il diritto penale deve costituire l'ultima risorsa per plasmare i comportamenti. Vediamo dunque come la Corte ha declinato questi diritti e principi.

La Costituzione colombiana del 1991 ha fatto propria una concettualizzazione dell'eguaglianza sia nella sua dimensione formale che sostanziale, e ha sancito il dovere dello stato di adottare misure positive per sopperire alla discriminazione e alla marginalizzazione di cui soffrono tradizionalmente determinati segmenti della popolazione, nonché di approntare particolari tutele a sostegno di chi versa in condizioni di particolare vulnerabilità³¹. Su queste premesse, e sulla falsariga di quanto già

²⁷ Art. 122 Legge 599/2000 che istituisce il Codice Penale in Colombia (Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio de 2000.):– Aborto «La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior». La sentenza C-355 del 2006 ha modificato la norma prevedendo tre condizioni in cui è possibile prati-care una interruzione volontaria della gravidanza «en el entendido que no se incurrir en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto».

²⁸ I.C. JARAMILLO SIERRA, *The New Colombian Law on Abortion*, in *Int J Gynecol Obstet.*, 160, 2023, 345-350.

²⁹ Corte costituzionale della Colombia, sentenza C-055/ 2022 (2022).

³⁰ Corte Suprema del Messico, *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* (2021).

³¹ Art. 13 Cost. Colombia 1991: «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de

affermato nel 2006, la Corte ha fatto propria una concettualizzazione intersezionale della discriminazione, che colpisce le donne per motivi di genere, condizione economica e origine etnica, per affermare che misure formalmente neutrali hanno un diverso impatto sui segmenti più vulnerabili della popolazione. La criminalizzazione dell'aborto, in particolare, ha un effetto indirettamente discriminatorio sulle donne più svantaggiate – indigene, immigrate, afro-colombiane e che vivono in zone rurali –, le quali non solo incontrano maggiori ostacoli all'accesso all'aborto, ma fronteggiano anche maggiori possibilità di incorrere nella sanzione penale (337).

A ciò la Corte aggiunge considerazioni più generali in materia di eguaglianza di genere. L'articolo 122 c.p. stabilisce infatti un reato che sanziona le donne in quanto tali, non solo perché per costituzione biologica solo le donne sono capaci di gestazione, ma anche perché il reato di aborto punisce una donna che «provoca il proprio aborto» o che, con il proprio consenso, «consente ad altri di provocarlo». Così, non solo il reato di aborto volontario si fonda su di una qualificazione sospetta, ma la sua stessa configurazione come reato si radica nello stereotipo tradizionale, che riduce il corpo della donna alla sua funzione riproduttiva (535). In questa luce, il reato di aborto, come configurato dalla norma impugnata, accentua la differenza di genere su cui si fonda e, quindi, perpetua la discriminazione che le donne storicamente hanno subito (536).

Alla violazione dell'eguaglianza, la Corte associa quella della dignità, sulla quale, come si è visto, aveva fatto ampiamente leva nella sentenza del 2006. Ricorrere alla criminalizzazione dell'aborto consensuale come meccanismo primario di tutela della vita gestazionale, infatti, riduce le donne a mero strumento «di riproduzione della specie umana», il che è incompatibile con la dignità (505), così come lo sono i molteplici ostacoli all'accesso alle procedure abortive, che hanno di fatto reso inoperanti le eccezioni volte a salvaguardare la dignità e gli altri diritti delle donne, previste dalla sentenza del 2006 (480).

Il secondo pilastro della decisione del 2022, il diritto alla salute, è tutelato dall'art. 49 della Costituzione³², e nonostante figuri tra i diritti sociali, è stato costantemente interpretato dalla Corte in connessione con i diritti alla vita e alla dignità. In particolare, a partire da una pronuncia del 2008, la Corte ha affermato che il diritto alla salute ha natura fondamentale, e che quindi è soggetto alla *acción de tutela*, il meccanismo previsto dall'art. 86 Cost., che consente a tutti i soggetti di rivendicare da-

grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

³² Art. 49 Cost. Colombia, 1991: «La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad».

vanti all'autorità giudiziaria la protezione immediata dei diritti fondamentali³³. Nella pronuncia del 2022, la Corte ha affermato che la negazione dell'accesso all'aborto costituisce una violazione del diritto alla salute, anche sulla base dei dati relativi alla mortalità materno-infantile prodotti da vari organismi e comitati internazionali, nonché dal Ministero della Salute. La Corte ha così potuto affermare che la Colombia ha fallito nel suo dovere di tutelare il diritto alla salute, mantenendo in vigore normative di natura penale che di fatto hanno agito da barriere al godimento dei diritti riproduttivi.

Come si è detto, la Corte fa leva anche sulla libertà di coscienza delle donne, quale componente fondamentale della dignità. In questa chiave, le donne hanno diritto ad effettuare decisioni in accordo con le proprie convinzioni morali, e questa libertà viene violata se esse sono costrette a portare avanti una gravidanza contro la loro volontà. Secondo la Corte, la decisione di divenire madre ha infatti natura personalissima e strettamente individuale, e non è quindi trasferibile ad altri individui. Così, nelle parole della Corte: «la legge impugnata consente allo Stato di giudicare e punire una donna che, durante la gravidanza, decida di agire secondo i propri giudizi morali o convinzioni intime, il che genera un'evidente tensione di rilevanza costituzionale con la libertà [di coscienza], poiché [richiede alla donna] di diventare madre, anche contro la sua stessa volontà» (375).

Chiarita la portata dei diritti violati dall'art. 122 c.p., la Corte passa a trattare quello che è forse l'aspetto di maggiore interesse della pronuncia C-055 del 2022, e cioè l'analisi dei limiti che il legislatore incontra nell'uso del diritto penale per tutelare la vita prenatale³⁴.

La Corte giudica *prima facie* la criminalizzazione dell'aborto per tutelare la vita prenatale compatibile con la Costituzione. Tuttavia, anche fatte salve le eccezioni previste dalla sentenza C-355/2006, la criminalizzazione assoluta, e relativa a tutte le fasi della gravidanza, dell'aborto, determina una tensione tra la tutela della vita gestazionale ed altri valori e principi di rango costituzionale (261). La vita prenatale è un bene giuridico che deve essere tutelato in tutte le fasi del suo sviluppo, ma non necessariamente sempre con la stessa intensità, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti (266). Pertanto, l'uso del diritto penale a tutela della vita gestazionale è necessariamente limitato dalla gravità della natura della sanzione penale e della sua potenzialità di gravare su altre garanzie costituzionali (270). In particolare, afferma la Corte, la criminalizzazione dell'aborto, nei termini categorici dell'art.122 c.p., è responsabile della proliferazione del ricorso all'aborto clandestino, con gravi conseguenze di salute pubblica, *in primis* gli alti tassi di mortalità e morbilità materna (288).

L'uso del diritto penale, continua la Corte, incontra limiti costituzionali formali e materiali, scaturenti dalle prescrizioni del preambolo costituzionale e degli articoli 1 e 2 della Carta, che pongono la dignità umana a fondamento dello Stato e la tutela dei diritti della persona a suo fine essenziale (401). La natura del diritto penale impone al legislatore il ricorso ad altri strumenti «meno gravosi» e ad «altri mezzi preventivi ugualmente idonei e meno restrittivi della libertà». L'intervento del legislatore penale, in altri termini, deve essere configurato come ultima *ratio*, mentre nel caso di specie, la norma censurata, pur mirando al raggiungimento di una finalità costituzionale imperativa, confligge con il

³³ A.E. YAMIN, O. PARRA VERA, *Judicial protection of the right to health in Colombia: from social demands to individual claims to public debates*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 33, 2010, 101-129.

³⁴ La Corte ha sviluppato un'ampia giurisprudenza in materia di limitazioni all'uso del diritto penale, in particolare nel contesto dei diritti dei detenuti, a partire dalla sentenza C-388/2013 (2013).

dettato costituzionale perché utilizza il diritto penale come strumento primario di contrasto all'aborto (404).

A queste considerazioni, la Corte ne aggiunge altre, fondate sull'assunto per cui l'uso indiscriminato del diritto penale è arbitrario e contrario alle esigenze dello stato sociale di diritto (445). Vengono in considerazione in questa luce l'inerzia del legislatore nel proporre soluzioni concrete alla situazione in cui versano centinaia di donne che affrontano gravidanze indesiderate, oltre alla insufficiente protezione della maternità, per cui il diritto penale si traduce nell'unico strumento a tutela della vita prenatale. Così, però, lo Stato viene meno all'obbligo previsto dall'art. 42 Cost. di garantire assistenza e protezione alla donna durante la gravidanza e dopo il parto (477). È quindi compito dello Stato elaborare ed attuare, con una prospettiva intersezionale, politiche pubbliche, volte alla protezione della vita prenatale – incluse politiche in materia di educazione sessuale e riproduttiva – meno lesive dei diritti delle donne (574).

La tensione costituzionale tra la tutela della vita prenatale e i diritti delle donne, conclude la Corte, non può risolversi privilegiando l'una o gli altri, poiché ciò comprometterebbe l'efficacia materiale della Costituzione (578). Questa tensione si risolve accogliendo il principio per cui la protezione della vita gestazionale deve essere graduale e incrementale fino al momento in cui vi è una maggiore probabilità che il nascituro sopravviva al di fuori del corpo della gestante. Questa considerazione, del resto, si allinea alla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, che pure ha affermato il carattere non assoluto della tutela della vita prenatale e sposato il concetto per cui essa gode di una protezione graduale ed incrementale, per cui debbono necessariamente essere previsti alcuni termini entro i quali l'interruzione della gravidanza è legale³⁵.

In questa luce, l'aborto, come definito nella legge impugnata, è punibile solo quando viene eseguito dopo la ventiquattresima settimana di gestazione, dopo di che continuano ad applicarsi le tre eccezioni stabilite dalla sentenza C-355/2006 (636).

5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione

La sentenza C-055 del 2022 ha suscitato, come vi era da attendersi, reazioni difensive da parte delle forze conservatrici colombiane. Il Presidente in carica al momento della decisione, Iván Duque, ha accusato la corte di eccessivo attivismo e di aver usurpato il ruolo del legislatore, ed annunciato il ricorso allo strumento referendario per ripristinare le sanzioni penali. La situazione è però cambiata con l'elezione del nuovo Presidente Gustavo Petro, che si è impegnato a rispettare la decisione.

Queste dinamiche non debbono sorprendere. L'analisi comparata dimostra come la regolamentazione dell'aborto, quale che sia il contesto nazionale, pone alle corti sfide di particolare complessità³⁶. La indeterminatezza delle disposizioni costituzionali in materia, la divisività dell'aborto, la sua dimensione morale, e l'impossibilità di raggiungere un compromesso sostanziale, rendono l'interruzione di

³⁵ Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*, 28 novembre 2012. Cfr. Per una panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza in materia B. FRASER, *Tide begins to turn on abortion access in South America*, in *The Lancet*, 383, 9935, 2014, 2113 – 2114.

³⁶ S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

gravidanza un terreno scivoloso, su cui le corti rischiano di perdere legittimità. L'esempio più ovvio è quello degli Stati Uniti, in cui, dalla decisione in *Roe v. Wade*³⁷ a quella in *Dobbs v. Jackson*³⁸, l'aborto ha catapultato la Corte al centro delle guerre culturali, ne ha drammaticamente acuito la politicizzazione, e ha pesantemente compromesso la fiducia dei cittadini nella professionalità dei giudici³⁹.

Nella sua giurisprudenza sull'aborto, la Corte costituzionale colombiana ha saputo mitigare queste difficoltà, utilizzando la tecnica decisionale ed i parametri di costituzionalità più appropriati, ed un approccio sensibile al contesto nazionale.

Il primo aspetto interessante è quello del linguaggio utilizzato dalla Corte. La sentenza del 2006 fa uso di un linguaggio e di una retorica in sintonia con la teoria femminista, nonostante di fatto la Corte abbia poi depenalizzato l'aborto solo in tre circostanze estreme. La sproporzione tra il linguaggio dei giudici e il risultato conseguito si spiega però se tiene conto del contesto colombiano, caratterizzato tradizionalmente da una pesante influenza della Chiesa cattolica nella vita pubblica, da una fortissima storia di opposizione all'aborto, e da una legislazione eccezionalmente repressiva, per cui anche un abbassamento minimo degli standard normativi ha richiesto l'uso di un linguaggio particolarmente forte e convincente a sostegno dei diritti fondamentali delle donne. A fronte, cioè, di un contesto storicamente straordinariamente ostile all'aborto, è stato necessario impiegare un arsenale per aprire una peraltro modesta breccia nel muro che tradizionalmente aveva impedito alle donne di abortire legalmente anche nei casi più estremi. Non a caso, nella sentenza del 2022, in un contesto assai più plurale, plasmato da decenni di conflitti e calato in una realtà regionale dinamica (l' "onda verde"), il linguaggio della Corte si è arricchito della dimensione *queer*, incorporando nel discorso sui diritti riproduttivi il riconoscimento dell'identità di genere.

Un secondo aspetto di notevole interesse è l'adozione da parte della Corte di una posizione di pluralismo morale. Il pluralismo morale richiede che il giudice lasci spazio alla coesistenza di quante più diverse concezioni del bene sono compatibili con il mantenimento di eguali condizioni di rispetto per ogni singolo proponente di una particolare concezione, e perché ogni proponente possa perseguire la propria concezione⁴⁰. Questo richiede naturalmente alcune limitazioni, nella misura in cui perseguire una concezione implica interferire con, o frustrare il, perseguimento di altre concezioni. All'interno dei vincoli imposti dal quadro di riferimento normativo e valoriale internazionale e nazionale, la Corte si adopera per accomodare le diverse e confliggenti posizioni. Lo fa, ad esempio, stabilendo che *prima facie* l'uso del diritto penale sia costituzionalmente legittimo per tutelare la vita prenatale, e ribadendo il valore costituzionale di quest'ultima, a fronte di una decisione che limita però la discre-

³⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

³⁹ In connessione con la decisione nel caso *Dobbs*, la fiducia del pubblico nella Corte Suprema è scesa a un minimo storico, insieme alla sua reputazione di professionalità e correttezza. Un sondaggio condotto nell'agosto 2022 dall'Annenberg Public Policy Center ha rilevato che il 53% degli adulti statunitensi disapprova il modo in cui il tribunale gestisce il proprio lavoro. Il sondaggio rivela anche un abisso tra le qualità che il popolo americano afferma di apprezzare maggiormente nei giudici, come l'equità e l'imparzialità, e le caratteristiche che percepiscono nei giudici della Corte Suprema. *Over Half of Americans Disapprove of Supreme Court as Trust Plummetts*, <https://www.asc.upenn.edu/news-events/news/over-half-americans-disapprove-supreme-court-trust-plummetts> (ultimo accesso 20 gennaio 2023).

⁴⁰ Per una elaborazione della posizione del pluralismo morale v. M. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, Berkeley, 1998, 199–233.

zionalità del legislatore penale e adotta la concezione del valore gradualistico ed incrementale della vita del nascituro. Un altro esempio è il passaggio, sopra citato, in cui la Corte chiarisce che i limiti all'esercizio dell'obiezione di coscienza sono intrinseci alla *ratio* del suo riconoscimento, che è quella di contribuire alla tutela della diversità culturale.

Per raggiungere questo risultato, non sorprende che la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte sia il principio di proporzionalità, con il test di bilanciamento che ad esso è associato. La proporzionalità non è, ovviamente, un test senza connotazioni di valore. Al contrario, il test effettuato quando si usa il principio di proporzionalità richiede in ogni caso un giudizio di valore, sia quando il giudice deve decidere se una misura persegue un obiettivo legittimo, sia nel momento in cui effettua il bilanciamento finale. Tuttavia, proporzionalità e bilanciamento possono mitigare l'impatto di una decisione moralmente contestabile in due modi. In primo luogo, con l'analisi proporzionale e il bilanciamento il giudice spesso riesce a restringere l'ambito della decisione giudiziale moralmente contestabile. In secondo luogo, quali che siano gli elementi moralmente contestabili che rimangono dopo l'applicazione del principio di proporzionalità e del test del bilanciamento, si tratta di elementi che non si possono evitare, perché costituiscono un "minimo" di autonomia decisionale sotto la soglia del quale il giudice non può scendere senza abdicare al suo ruolo morale, ma anche istituzionale, di organo di giustizia costituzionale.

Quando, come nel caso dell'aborto, il conflitto è sostanzialmente insanabile, la migliore strategia per salvaguardare il pluralismo morale può consistere nell'appellarsi alla retorica dell'universalismo e dei valori condivisi. In questo senso la scelta della Corte colombiana del 2006 di fare massiccio ricorso alle fonti internazionali e in particolar modo alla dignità appare particolarmente accorta. Proprio per la sua malleabilità, il ricorso alla dignità può avere infatti un'importante funzione non tanto sostanziale, ma piuttosto *istituzionale*⁴¹, contribuendo alla legittimazione dei giudici come arbitri morali nelle decisioni controverse e consentendo quindi di attenuare l'intensità della cosiddetta difficoltà contro-maggioritaria⁴². La dignità ha fornito alla Corte un linguaggio con cui indicare il peso attribuito a determinati diritti e valori. Quando, infatti, un diritto o valore si fonda sulla dignità, questo indica che la corte valuta il peso da attribuirvi considerevole o addirittura decisivo, indipendentemente dalla portata pratica della decisione. Nel caso colombiano, poi, la dignità ha costituito il canale di comunicazione tra l'esterno e l'interno dei sistemi giuridici. Come si è visto, la Corte ha fatto leva sui trattati internazionali a tutela dei diritti umani per dimostrare come la lettura, nella Costituzione colombiana, di un accesso legittimo all'aborto fosse in armonia con norme e valori universali. Il ricorso alla dignità ha permesso alla Corte di sviluppare la propria dottrina, incorporando il contesto locale sotto l'apparenza di usare un principio universale.

Un'ultima considerazione concerne la lungimiranza dei movimenti sociali colombiani, che hanno perseguito l'obiettivo della progressiva depenalizzazione dell'aborto in parallelo con campagne mirate a far mutare la percezione sociale dell'aborto. Questo ha permesso alla Corte di decidere in contesti maggiormente recettivi all'esigenza di conciliazione tra diritti e valori confliggenti, evitando di porsi in una situazione irrimediabilmente contro-maggioritaria.

⁴¹ C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, 713 ss.

⁴² ID., 715.

In conclusione, l'esperienza colombiana insegna che è possibile per i giudici pronunciarsi su questioni fortemente divisive, salvaguardando la propria legittimità, e rafforzando la tutela del pluralismo che caratterizza le società complesse.

Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante

*Francesca Angelini**

TALKING ABOUT ABORTION IN ORDER TO RESTORE WOMEN'S FREEDOM. RESTARTING FROM SELF-DETERMINATION AS RESPONSIBILITY OF THE PREGNANT WOMAN

ABSTRACT: In many countries there are clear signs of the persistence of patriarchy. The article argues that the attempts to question abortion rights in those legal orders derive from such forces and share illiberal tendencies. Based on such premise, it is necessary to rethink access to abortion in light of a woman's full self-determination regarding procreative choices, which is tied to a sense of responsibility to herself and to the fetus.

KEYWORDS: Patriarchy; abortion; procreative freedom; self-determination; responsibility principle

ABSTRACT: L'articolo, muovendo in premessa dal delineare i segnali evidenti della persistenza delle forze del patriarcato in molti paesi, riconduce all'azione di tali forze i tentativi di messa in discussione dell'accesso all'aborto in più ordinamenti tutti accomunati da torsioni illiberali. Sulla base di tale premessa, il lavoro si concentra sulla necessità di ripensare l'accesso all'aborto sul riconoscimento pieno della libertà della donna di autodeterminare le proprie scelte procreative, libertà che si lega al suo senso di responsabilità per sé e per il feto.

PAROLE CHIAVE: Patriarcato; aborto; libertà procreativa; autodeterminazione; principio di responsabilità

SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria per iniziare. La persistenza del patriarcato – 2. Nessun conflitto può esserci se c'è la responsabilità della madre – 3. «Il personale è politico!». Ripartire dalla libertà delle donne conviene a tutti.

* Professoressa associata confermata di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza Università di Roma. Mail: francesca.angelini@uniroma1.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Una premessa necessaria per iniziare. La persistenza del patriarcato

Per quanto clamoroso, l'esito della sentenza *Dobbs* non giunge inaspettato. La polarizzazione su posizioni conservatrici e antiabortiste all'interno della Corte suprema era prevedibile dopo le ultime tre nomine dei giudici fatte da Trump ed era, di fatto, già emersa in altre pronunce recenti¹; ma, soprattutto, la sentenza appare come il punto di arrivo di almeno venticinque anni di politiche conservatrici e antiabortiste, frutto delle battaglie di organizzazioni religiose integraliste e reazionarie. Tali movimenti, dopo anni di contestazioni aperte contro l'aborto, anche molto violente², hanno intrapreso, negli ultimi anni, la via dell'attacco alla disciplina federale all'Ivg che utilizza l'azione del potere legislativo dei singoli Stati a maggioranza Repubblicana, al fine di rimettere in discussione modalità e tempi di accesso previsti a livello federale. A ben vedere *Dobbs* rappresenta l'aspetto più evidente di un fenomeno più complesso e radicato che non ha caratterizzato solo l'intero mandato di Trump – manifestandosi in maniera eclatante nella giurisprudenza della Corte Suprema –, ma che sta orientando e determinando, con intensità diversa, anche altre esperienze politiche accomunate da torsioni illiberali o autoritarie che mirano a colpire *in primis* la libertà delle donne: la persistenza del patriarcato³.

Molte delle vicende politiche più preoccupanti degli ultimi anni hanno la loro spiegazione più profonda nel radicamento sociale e culturale delle forze politiche che sostengono la persistenza del patriarcato. Le motivazioni del loro riemergere appare funzionale al rafforzamento della rigidità della struttura sociale che alimenta i processi di restaurazione di stampo conservatore e illiberale che attraversano, in più regioni del mondo, le esperienze politiche contemporanee di diversi paesi, anche di democrazia consolidata. Il patriarcato è fondato su un sistema antico la cui cultura, organizzata secondo una «struttura binaria e gerarchica di genere» – che «eleva alcuni uomini al di sopra di altri e tutti gli uomini al di sopra delle donne» –, si alimenta dell'azione «di regole, codici e valori che prescrivono dettagliati comportamenti e ruoli su come stare al mondo sia agli uomini che alle donne»⁴. La cogenza di tali regole deriva per lo più da convinzioni culturali e psicologiche interiorizzate così insidiose da influire sui giudizi, sui desideri e sulle relazioni che animano i singoli comportamenti e che si alimentano del valore dalla tradizione. Nei codici e nei modelli di mascolinità e di femminilità il patriarcato instaura un sistema di controllo anche sul corpo, ma si tratta di un sistema di disciplinamento estre-

¹ Sulla sentenza *Dobbs* e sui precedenti della Corte suprema: A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte suprema nel Sistema costituzionale statunitense*, in corso di pubblicazione; 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*, 2, 2022, 32 ss.; G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 610 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2022, 23 ss.

² Sull'aborto come fattore altamente polarizzante della società e della politica americana e sul ruolo determinante, in quel contesto, dell'ascesa e della politicizzazione del fondamentalismo protestante di estrema destra, si rinvia all'illuminante ricostruzione di S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 257 ss.

³ Da ultimo, riflettono sulla persistenza del patriarcato C. GILLIGAN, N. SNIDER, *Perché il patriarcato persiste?*, 2018, Milano, 2021, passim, in relazione alla rielezione di Trump, 27 ss.

⁴ C. GILLIGAN, N. SNIDER, *Perché il patriarcato persiste?*, cit., 32.

mamente differenziato. Storicamente, infatti, il corpo maschile è un corpo attivo, attraverso il quale si manifesta la volontà quale libertà individuale; «per l'uomo l'autodeterminazione del corpo è il primo ambito di diritti, quello che permette di fronteggiare il potere, definendo una sfera di autonomia. Alle donne viceversa questa autonomia è negata, del tutto o in parte a causa della capacità procreativa propria del corpo femminile»⁵.

I modelli sono differenziati anche nei contesti politici, ma ogni esperienza di ordine patriarcale si fa custode o padrone del corpo della donna, al fine di controllarne *in primis* la sessualità; dai modelli più esasperati e feroci di controllo (si pensi all'Afghanistan e all'Iran) alle manifestazioni che si affidano a un più mite paternalismo, l'obiettivo del patriarcato è sempre quello di incidere, in maniera più o meno ampia, la sfera di autonomia della donna in modo da limitarne la libertà sul suo corpo.

Quanto detto trova conferma anche nel dibattito teorico sul principio di autodeterminazione e, in particolare, nelle «sfumature semantiche peculiari» che il concetto accoglie nel pensiero femminista rispetto, invece, al significato che esso assume nella filosofia politica moderna⁶. Nella dottrina liberale la parola libertà indica la situazione «di non-impedimento» e la «libertà» ricopre la stessa estensione del termine «liceità»; nella dottrina democratica libertà «significa "autonomia", ovvero il potere di dar norme a se stessi e di non ubbidire ed altre norme che a quelle date a se stessi»⁷. Nelle studiose femministe, invece, la critica «a queste ricostruzioni non riguarda tanto la libertà e l'autonomia come tali quanto piuttosto la soggettività da esse presupposta, una soggettività che tuttavia è tale da influire sulla loro definizione [...]. Il ricorso da parte delle donne al concetto di autodeterminazione da un lato recupera le istanze di libertà negativa e positiva [...], dall'altro però presenta una curvatura polemica rispetto all'esclusione delle donne perpetuata dalla tradizione. Tale specificità implica un aspetto individuale e uno sociale: il primo riguarda il nesso tra l'autorealizzazione e il controllo del proprio corpo, il secondo la liberazione da rapporti sociali oppressivi di tipo patriarcale»⁸.

L'obiettivo di tale premessa è di andare al centro delle problematiche che riguardano un tema complesso qual è l'aborto, configurabile come l'aspetto legato al processo procreativo «più marcatamente rivestit(o) da tratti di drammaticità»⁹ per le donne. Nella sua rappresentazione, tuttavia, ha prevalso una connotazione conflittuale, foriera di molte ambiguità e reticenze che hanno finito per restituire una narrazione (*rectius*: regolamentazione) sull'accesso all'ivg finalizzata a limitare l'autodeterminazione della donna in favore di interventi esterni alla sua volontà; la libertà di interrompere la gestazione risulta, infatti, spesso connessa a verifiche sulla gravidanza e all'esistenza di condizioni di fragilità della donna, che in alcuni casi legittimano anche interventi esterni quali aiuti occasionali di carattere economico, morale e psicologico che mirano esclusivamente ad interferire

⁵ M.L. BOCCIA, *Il corpo e la legge*, in Id., *Le parole e i corpi*, Roma, 2018, 218.

⁶ Lo sottolinea efficacemente A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, Milano-Udine, 2020, 25 ss.

⁷ N. BOBBIO *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 228.

⁸ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, cit., 27-28.

⁹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 115, ma nello stesso senso si veda anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 97. Da ultimo sulle problematiche legate alla garanzia dell'accesso all'aborto, in Italia e in altre regioni del mondo, si rinvia ai saggi contenuti nell'ampio focus dal titolo *L'interruzione volontaria della gravidanza: una prospettiva comparata*, in *Nomos*, 2, 2022, con saggi di F. ANGELINI, L. BUSATTA, M.P. IADICICCO, C. LUZZI, E. OLIVITO, E. PAPARELLA per l'Italia e di A. BARAGGIA, A. BRIGO, M SOUSA, A. DI MARTINO, J. SAWICKI per le esperienze comparate.

con la determinazione di abortire. Queste rappresentazioni evitano così di riconoscere la realtà della procreazione: quella biologica, e cioè che nessun bambino può nascere senza la volontà della madre, e quella giuridica, e cioè che l'aborto dovrebbe avere a che fare solo con la libertà della donna di autodeterminare le proprie scelte procreative, libertà che si lega al suo senso di responsabilità per sé e per il feto.

Per chiarire meglio quanto detto basta riferirsi alle esperienze di legalizzazione dell'aborto che risultano tutte più o meno accomunate da difficoltà attuative e da continui tentativi di messa in discussione delle discipline. Così anche l'esperienza italiana; la storia della l. 194 del 1978, a quasi mezzo secolo dalla sua entrata in vigore, continua infatti a rappresentare l'esempio di una legge dalla trama del tutto singolare¹⁰. Contrastata nella sua approvazione¹¹, essa ha seguito a incontrare forti ostacoli e contestazioni, anche in maniera indiretta e meno visibile, ma con strumenti molto efficaci nel ridurre gli spazi di decisione delle donne e nel tradursi in forme di vero e proprio sabotaggio alla loro libertà di scelta, come la dottrina ha più volte messo in evidenza¹². Gli strumenti, ben noti, sono ad esempio quelli della marginalizzazione silenziosa e della drastica diminuzione dei medici e del personale non obiettore, cui fa da contraltare la diffusione oramai gigantesca dell'obiezione di coscienza del personale medico e paramedico. Negli ultimi anni, inoltre, la strategia di attacco alla l. 194 si è evoluta anche sul piano politico; come del resto è avvenuto anche negli Stati Uniti, a modalità fondate su attacchi frontali a chi permette o fa ricorso all'aborto si sono aggiunte strategie più strutturate, basate sull'individuazione di vere e proprie forme di boicottaggio operativo all'attuazione della legge, che hanno quali protagonisti anche i livelli di governo sub statale¹³.

Eppure tali strategie, almeno nel nostro Paese, convivono anche con l'idea, che appartiene ai più, che sul tema aborto si sia raggiunta una sorta di pacificazione sociale, un punto di equilibrio posto dalla legge. In realtà, come è noto, la l. 194 presuppone una configurazione delle vicende riproduttive, con riguardo in particolare all'attuazione della disciplina dell'aborto, basata sulla contrapposizione fra interessi della madre e del concepito. La costruzione di questa rappresentazione, che ha radici profonde riconducibili alla penalizzazione dell'aborto, ha segnato un passaggio fondamentale nella storia della disciplina dell'IVG in Italia perché è stata il fondamento della *ratio* decisoria della sentenza n. 27 del 1975 in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimità della «prevalenza totale e assoluta» degli interessi del concepito, su cui si basava il reato di aborto, aprendo, dunque, la strada all'argomentazione per cui «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 come persona ancora da diventare». Quell'importante bilanciamento – a sua volta influenzato dalla storica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe* del 1973, che pur segnò la prevalenza del diritto alla salute della ge-

¹⁰ G. RODANO, *L'aborto e la scelta. L'offensiva alla 194 e l'esperienza che le donne hanno fatto*, in *Reti*, 2, 1989, 49.

¹¹ Come ricorda, da ultimo, F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022, 225, che definisce il percorso della legge «faticoso e irto di ostacoli».

¹² Si vedano, fra gli altri, G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in ID., A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 823 ss.; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 44 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 141 ss.

¹³ Si veda in particolare F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2, 2022, 3 ss.

stante – poggia, dunque, sull’assunto che c’è un interesse del concepito separato dal diritto alla salute della madre e con il quale può entrare in conflitto. Questa contrapposizione ha poi informato gran parte della disciplina di decisa procedimentalizzazione e medicalizzazione della l. 194 e della sua attuazione, riuscendo ad alimentare, come segnalato ampiamente dalla dottrina¹⁴, nei dettagli e negli interstizi di quella procedimentalizzazione, misure che, in varie modalità, hanno mirato a svuotare la legge anche dei suoi contenuti più innovativi, quali, ad esempio, la promozione del ruolo dei consulenti, riuscendo ad aprire più di un varco a forme diversificate di indebolimento nella sua attuazione.

2. Nessun conflitto può esserci se c’è la responsabilità della madre

L’aspetto che va rimesso al centro delle questioni che attengono la procreazione è che «le donne possono scegliere per cosa sia opportuno partorire e per cosa rifiutarsi di farlo, e che queste opzioni caratterizzano la nascita umana»¹⁵; così una donna che si predispone alla «responsabilità per» la creatura che nasce riconosce sé stessa «come soggetto in relazione»¹⁶ e manifesta la piena cognizione della costruzione di una nuova relazione umana che dipende da lei. Questo dato palese è stato, invece, prima evitato nei percorsi che hanno portato alla legalizzazione dell’aborto, e poi mistificato dal dibattito successivo che lo ha considerato un elemento marginale o del tutto remissivo rispetto ad altri interessi. C’è un elemento, infatti, dal quale oggi non si può prescindere; dopo la stagione che ha portato alla legalizzazione dell’aborto, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso si sono aperte offensive contro la legge 194, inizialmente «definita “legge permissiva, permissivamente applicata”»¹⁷, finalizzate a rimettere in discussione la sua applicazione prima ancora della sua modifica o della sua abrogazione. Tutte le forme di attacco alla disciplina dell’aborto si sono tradotte in strategie mirate a negare o restringere la libertà di scelta della donna. Tali limitazioni si sono insinuate proprio nei margini di condizionamento di una disciplina che basava il riconoscimento dell’autodeterminazione della donna solo all’interno di un sistema procedimentalizzato e medicalizzato; ogni fase di quel procedimento e ogni aspetto di quella medicalizzazione si è così trasformato in uno spazio all’interno del quale il potere controllo sulle donne si è inserito in maniera più o meno soft, rafforzando la volontà di coercizione sulla loro autonomia. Così è stato anche nei casi in cui si è tentato di influenzare la decisione della donna attraverso interventi statali paternalistici finalizzati all’accentuazione della “solidarietà sociale” nella forma, ad esempio, dell’«istituzione di comitati etici

¹⁴ Con toni differenti, si vedano: G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, cit., 824 ss.; C. LUZZI, *Dall’aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio del corpo femminile”*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, 375 ss.; S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, 3 ss.; M.P. IADICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 120 ss.; L. RONCHETTI, *Aborto e diritto: l’autodeterminazione sessuale e procreativa delle donne*, cit., 49 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 131 ss.

¹⁵V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e della famiglia post-patriarcale* (1993), Milano, 1997, 129.

¹⁶ E. PULCINI, *La cura del mondo*, Milano, 2002, 251.

¹⁷ G. ZUFFA, *L’autodeterminazione è un principio etico*, in *Reti*, 5, 1989, 3.

che permettono alla donna di incontrare qualcuno che le possa proporre soluzioni diverse rispetto all'aborto»¹⁸.

In definitiva, la retorica che è prevalsa nelle modalità di disciplinamento dell'accesso all'aborto ha permesso di mantenere scissi i due piani complementari che compongono il principio di autodeterminazione, quello giuridico, che formalmente ha attribuito alla sola donna la scelta di interrompere una gravidanza, e quello morale e personale, che invece ha lasciato spazi di intervento ad altri soggetti affermando, così, una soggettività debole della donna che necessita di aiuto e di guida nella decisione responsabile. Poco o nulla, nella disciplina richiamata, viene, dunque, lasciato all'autodeterminazione intesa come scelta responsabile verso la autorealizzazione dalla donna e che valorizza le sue potenzialità (anche quelle del corpo); a ben vedere anzi le soluzioni prospettate dalla l. 194 si basano su due vistose contraddizioni che in maniera altrettanto evidente si pongono in contrasto con la soggettività libera e responsabile della donna. Da una parte, infatti, appare chiaro che tutte le forme di sostegno alla donna sotto forma di solidarietà sociale mirano a rappresentare «interessi "altri da lei" (quelli appunto del nascituro)» che vengono esplicitamente pensati in contrapposizione a lei; dall'altra l'accesso all'lvg, la cui decisione ultima viene lasciata alla donna, finisce per consolidare, all'interno della disciplina, una visione debole della donna «sulle cui spalle sarebbe iniquo scaricare con divieti e sanzioni, il peso di una maternità indesiderata»¹⁹. In altre parole, la legge 194 si basa su una contrapposizione di interessi fra donna e concepito, formalizzata in una disciplina articolata, che finisce per essere essa stessa un ostacolo a riconoscere la libertà delle donne come premessa o condizione al desiderio di maternità, e che ha finito per accreditare la convinzione, come ha affermato Silvia Niccolai, «che nella "natura" femminile non vi era alcunché di buono»²⁰. Si sono, invece, del tutto tralasciate, nel prevalere di tale logica, quelle riflessioni proprie del pensiero femminista che basano il discorso sull'lvg sull'autonomia della donna e sull'affermazione del potere del suo corpo di dare la vita e dal quale nasce in positivo il desiderio di essere madre e di accogliere un bambino. Sulla base di tali premesse, negli anni, la portata dell'autonomia della donna ammessa dalla legge, come è ben noto, si è ritrovata sempre più imbrigliata dalla scelta fatta dal legislatore del 1978 di ampia procedimentalizzazione dell'accesso all'aborto che ha finito per prestare il fianco a plurime forme di complicazione e di non attuazione della stessa legge. Non solo, in più di quarant'anni molto poco si è fatto per superare le contraddizioni sociali ed economiche che rendono poco conciliabile la condizione di donna e di madre; molto limitate sono state in questi anni le azioni sistemiche di sostegno sociale alla maternità desiderata e quelle finalizzate a socializzare il lavoro di cura. In particolare, in relazione alla l. 194, è stata completamente eclissata quella parte della legge che prevedeva il potenziamento dei consultori quali presidi sociosanitari territoriali basati su una peculiare configurazione di organismi ibridi – caratterizzati dall'accesso diretto e dalla gratuità delle prestazioni – cui doveva essere affidato il compito fondamentale di creare le condizioni favorevoli all'accesso alla maternità (e alla paternità) libera e responsabile. All'interno di un sistema sociale, giuridico ed economico così estraneo all'esperienza della maternità e distante dai suoi bisogni, quell'obiettivo dichiarato fin dal primo articolo della l. 194 di tutela della vita umana «fin dal suo inizio» si è tradotto di fatto, a

¹⁸ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico*, cit., 3.

¹⁹ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico*, cit., 3.

²⁰ S. NICCOLAI, *L'ambigua liberazione dalla natura*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 105.

fronte, lo si ripete, di una perdurante assenza di politiche finalizzate a monte a creare le condizioni favorevoli al sostegno della maternità, in mera azione di controllo e di persuasione della donna attraverso le quali si svela la persistenza delle forze patriarcali.

Appare fondamentale, a quant'anni dalla l. 194, rimettere al centro della riflessione il tema della libertà delle donne e tentare di «ripensare e risignificare il concetto di libertà che si associa all'aborto»²¹; si tratta di una libertà profondamente connessa al senso di responsabilità che interroga ogni donna che si confronta con la possibilità di diventare madre, permettendole di esplorare il suo desiderio di maternità e di decidere ciò che «risponde al bene e agli interessi suoi e del feto»²².

3. «Il personale è politico!». Ripartire dalla libertà delle donne conviene a tutti

È alla riflessione del pensiero femminista che si deve l'attenzione per la specificità sessuale e biologica del corpo femminile nella riproduzione e grazie al suo contributo che si è portato in evidenza con nettezza il principio in base al quale «a una donna non si può imporre di essere o non essere madre [...] di usare o non usare il suo corpo a fini riproduttivi»²³; si tratta di «un limite semplice ed essenziale. Ma assumerlo significa rivoluzionare l'intero impianto normativo delle relazioni procreative sessuali»²⁴. Quando le donne sono messe nelle condizioni di scegliere di avere o meno un figlio, «ogni donna può chiedersi: perché devo avere un bambino? [...] Il fatto che le donne possano procreare per dei motivi dovrebbe rendere chiaro quanto la nascita umana sia profondamente *diversa* da un evento biologico. L'aspetto su cui [è] opportuno aprire gli occhi è il fatto che le donne possono scegliere per cosa partorire o per cosa rifiutarsi di farlo, e che queste opzioni caratterizzano la nascita umana»²⁵.

L'insieme di queste riflessioni conduce a porre innanzitutto al centro del discorso il tema della responsabilità procreativa e a riconoscere al suo interno una centralità alla consapevolezza della scelta della madre. La percezione femminile della propria esperienza di madre diventa essenziale per valutare le condizioni per la nascita. È la donna *in primis* a confrontarsi con la nuova situazione e la nuova relazione che conseguono ad una nascita ed è quella valutazione che, nel riconoscimento del valore della scelta responsabile nella procreazione, porta alla maternità consapevole. Se è vero che «nella totale non-autosufficienza di ciò che è generato è per così dire ontologicamente programmato che i procreatori lo tutelino dal rischio di ricadere nel nulla e ne assistano il divenire ulteriore»²⁶, il percorso e l'atto della procreazione generano una responsabilità causale della madre verso il nuovo nato²⁷, che non dovrebbe essere dimenticata, né tanto meno sottovalutata soprattutto dal legislatore. Alla

²¹ E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, in *Nomos*, 2, 2022, 8.

²² E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, cit., 9.

²³ M.G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1996, 100.

²⁴ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale tecniche, fantasie e norme*, Milano, 1998, 213.

²⁵ V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e della famiglia post-patriarcale*, cit., 129.

²⁶ H. JONAS, *Il principio responsabilità* (1979), Torino, 2002, 167.

²⁷ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, cit., 59.

luce di tale premessa, occorre, dunque, prendere in considerazione che gli interessi della creatura che nascerà, non possono essere pensati in conflitto con quelli della madre perché è solo con la sua scelta, e con l'assunzione di responsabilità²⁸ che ne consegue, che quella creatura verrà al mondo.

La ricostruzione qui proposta mira chiaramente a superare e sconfessare quella basata sulla contrapposizione di interessi fra donna e concepito, per rimettere al centro la dimensione relazionale della gravidanza²⁹ e della maternità, muovendo dalla sua corporeità; l'obiettivo è quello di restituire valore alla posizione femminile e alla parola delle donne riconoscendo prima di tutto «una specifica competenza morale che le donne incinte sviluppano proprio a motivo del loro stesso stato»³⁰. L'assunzione di tale prospettiva porta a considerare la gravidanza come una condizione o, più precisamente, come un'esperienza peculiare che permette alla donna di percepire pienamente la concretezza dell'esistenza propria e del feto in un coinvolgimento unitario, psicologico e corporeo che la porta a riconoscere o non riconoscere quel feto come la propria creatura e, in nel primo caso, ad assumere la responsabilità per quella nuova creatura, accogliendo e valorizzando in quel preciso momento la potenza del proprio corpo di dare vita ad un altro corpo. Gli interessi che, dall'esterno di quell'esperienza, si vogliono contrapposti sono in realtà vissuti dalla donna «in una tensione interna, che non può che renderglieli entrambi presenti»; proprio quella tensione, infatti, fa sì che «la sua scelta, lungi dall'essere moralmente irrilevante, possa e debba considerarsi moralmente responsabile»³¹.

Il mondo femminista, negli anni Settanta, non fu unitario nel condividere la scelta di affidare la disciplina all'Ivg ad una legge che ne procedimentalizzava dettagliatamente l'accesso; per una parte importante di quel movimento erano evidenti, infatti, i rischi e le ambiguità che avrebbero potuto condizionare la libertà delle donne nella scelta procreativa, nell'affidarsi «alla misura esterna della legge»³², che poco lasciava alla libertà delle donne come premessa o preconditione al desiderio di maternità. In alternativa alla legalizzazione procedimentalizzata dell'aborto, una parte del mondo femminista aveva avanzato la proposta della semplice depenalizzazione dell'aborto³³.

Com'è noto, fra le diverse posizioni, la legalizzazione dell'aborto sulla base delle condizioni previste nella l. 194 si è affermata, in quel momento storico, come la scelta politica più efficace ad arginare il dramma dell'aborto clandestino e a dare risposte alle condizioni delle donne più svantaggiate. La rivendicazione dell'aborto legale si caricò, inoltre, anche di un forte valore simbolico di lotta per la li-

²⁸ Sul «principio di responsabilità» nei confronti di chi non è ancora nato, è d'obbligo il rinvio a H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*; in particolare Jonas, considera la responsabilità verso il neonato come «l'archetipo di ogni responsabilità», «l'essenza della responsabilità» (ivi, 168, 166).

²⁹ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza* per altri, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 191 ss. che si sofferma sulla «complessità» della gravidanza come «esperienza relazionale» non «riducibile ad un processo biologico» e «profondamente segnata dalla condivisione corporea».

³⁰ C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, in I. BOIANO, C. BOTTI (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, cit., 84.

³¹ C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, cit., 85.

³² S. NICCOLAI, *L'ambigua liberazione dalla natura*, cit., 105.

³³ «Chiediamo l'abrogazione di tutte le leggi punitive dell'aborto e la realizzazione di strutture dove sostenerlo in condizioni ottimali, ci rifiutiamo di considerare questo problema separatamente da tutti gli altri, sessualità, maternità, socializzazione dei bambini», cfr. *Libreria delle donne di Milano* (1977), Torino, 1987, 61 ss.

bertà delle donne cui veniva riconosciuta per la prima volta la «disponibilità del proprio corpo»³⁴. La l. 194 ha segnato, infatti, un passaggio di indubbio rilievo per tutto il mondo femminile, quello cioè di aver attribuito esclusivamente alla donna la scelta sulla procreazione riconoscendole la libertà di decidere sul proprio corpo fecondato³⁵. Ma il compromesso operato dalla legge è evidente nel bilanciamento fra quell'autonomia e l'affermazione di una logica paternalistica che la legittimava e che si poneva a difesa e protezione di soggetti considerati deboli: è debole l'embrione che va "protetto" dalla madre; è debole la madre che viene a trovarsi in posizione di difficoltà per la sua salute. Non solo, ma negli anni, la portata dell'autonomia della donna consentita dalla legge si è sempre più imbrigliata, complicata e, in alcune realtà, negata³⁶.

Appare fondamentale reinterpretare il compromesso posto alla base della l. 194 per rimettere al centro della riflessione il tema della libertà delle donne e ripensare quella libertà alla luce delle garanzie del principio personalista assunto dalla nostra Costituzione e che fa riferimento al libero sviluppo della personalità contenuto nell'articolo 2 e con il quale essa ha scelto di rivolgersi «non all'astratto individuo ma alla persona "sociale"» «immersa nel flusso delle relazioni»³⁷; si tratta di un principio che come sappiamo informa anche il diritto alla salute, ma che è configurato autonomamente nella Costituzione. Interpretare la l. 194 alla luce di quanto detto conduce a dismettere l'approccio paternalistico che guarda alla donna in gravidanza come un soggetto debole, e ad assumere invece la peculiarità e la unicità della condizione della donna incinta come una condizione relazionale che non può prescindere dalla sua volontà³⁸.

Il ruolo storico della l. 194 va, alla luce di quanto detto, riattualizzato, riconoscendo che quel compromesso «fra patriarcato e libertà femminile»³⁹, figlio degli anni Settanta, oggi è in gran parte fuori dalla storia e va liberato del tutto del primo per rendere effettiva la seconda. La l. 194, invece, negli anni ha continuato a essere considerata esclusivamente «come cornice di regolazione e limitazione degli aborti»⁴⁰. Recuperare le riflessioni del pensiero femminista appare ancor più importante non solo per arginare i tentativi di operazioni politiche mistificanti sulla l. 194, finalizzate a rilanciare i contenuti più paternalistici della legge⁴¹, ma, più in generale, a combattere ogni forma di patriarcato. Nell'esperienze degli ultimi anni, l'attacco all'accesso all'IVG negli ordinamenti anche a democrazia consolidata ha acquistato un valore simbolico, diventando la misura della capacità di comando di una parte di affermare orientamenti illiberali sull'intera società. Soprattutto nei paesi a democrazia consolidata, le spinte a rimettere in discussione l'accesso all'aborto, anche in maniera eclatante come

³⁴ *Libreria delle donne di Milano*, cit., 67.

³⁵ L. RONCHETTI, *Aborto e diritto: l'autodeterminazione sessuale e procreativa delle donne*, cit., 42.

³⁶ Un quadro molto sconsigliato sul funzionamento della l. 194 è quello che emerge dalla mappatura delle singole strutture realizzata da C. LALLI, S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti sulla 194*, Roma, 2022.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 149 e 163.

³⁸ «Si tratta di riconoscere che siamo di fronte a una relazione e che la piena partecipazione della donna è fondamentale perché questa relazione si dia e si sviluppi, e che è questo il motivo per cui la sua parola conta in modo particolare», C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, cit., 84.

³⁹ I. DOMINIANNI, *A chi piace il diritto all'aborto?*, *il Manifesto*, 19 febbraio 2008.

⁴⁰ I. DOMINIANNI, *A chi piace il diritto all'aborto?*, cit.

⁴¹ Come l'art. 2 della l. 194 (cfr. da ultimo le dichiarazioni della Ministra Roccella a commento della decisione di non riconoscere il figlio di una giovane madre senza fissa dimora), tralasciando invece i contenuti più innovativi, quali, ad esempio, la promozione del ruolo dei consultori in connessione con la l. 405 del 1975.

nel caso degli Stati Uniti, hanno svolto una funzione politica e una funzione psicologica nei processi di restaurazione di stampo conservatore. La prima si è manifesta nel perpetuare e rinsaldare l'organizzazione rigidamente gerarchica di stampo patriarcale, la seconda ha la funzione di misurare il livello di assorbimento inconscio di quella gerarchia al fine di testare il livello di tollerabilità delle spinte illiberali basate sulla tradizione; l'insieme delle due azioni afferma una condizione che danneggia sia gli uomini che le donne. In altre parole, anche se abbiamo a che fare con ordinamenti diversi e con leggi più o meno permissive verso la libertà procreativa delle donne, il tema dell'aborto (ma direi, per altri versi e con sfumature diverse, ma ugualmente importanti, anche della maternità soprattutto della donna singola) pone ogni sistema sociale e giuridico di fronte al riconoscimento della responsabilità e dell'autonomia delle donne, lo pone di fronte alla scelta finalmente di affidare pienamente alla sua libertà la decisione di diventare madre⁴².

La sfera familiare è tradizionalmente l'ambito dove è nato il patriarcato; dalla famiglia il sistema patriarcale si è poi imposto come potere di controllo ponendo le basi per la costruzione di un ordine più generale fatto di regole e codici rigidi. Non è un caso, dunque, che ogni tentativo di restaurazione di quell'ordine si manifesti in primo luogo attraverso forme di limitazione all'autodeterminazione delle donne, a cominciare da quella procreativa. Chi oggi promette controllo e sicurezza sociale ha bisogno di ricostruire confini e gerarchie sociali e di genere, ha interesse, dunque, a mantenere in vita la persistenza del patriarcato.

Con lo slogan "il personale è politico"⁴³, già negli anni Settanta dello scorso secolo, il mondo femminista aveva richiamato l'attenzione sulla necessità di ripensare i confini fra sfera pubblica della politica e quella privata della famiglia e della sessualità, avvertendo quanto fosse determinante il dato politico che si celava dietro le pratiche private e mostrando, soprattutto, quanto fosse imprescindibile, nei percorsi di liberazione e di democratizzazione della società, muovere dall'affermazione della libertà delle donne. A distanza di decenni da quell'esperienza, nonostante il cammino fatto, le questioni urgenti poste a più latitudini nel mondo questo ancora ci dicono.

⁴² C. D'ELIA, *L'aborto e politica: cittadinanza delle donne*, in I. BOIANO, C. BOTTI (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, cit., 18.

⁴³ Lo slogan è ripreso anche da A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, cit., 1.

Prima di *Dobbs*. La scure dell'*Original intent* su cinquant'anni di nodi irrisolti in materia di aborto

Valeria Marzocco*

BEFORE *DOBBS*. THE AXE OF *ORIGINAL INTENT* ON FIFTY YEARS OF UNRESOLVED ABORTION ISSUES

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* marks an *Overruling* in Supreme Court jurisprudence of historic significance. By denying constitutional relevance to the right to abortion, the Court restores an originalist reading of the US Constitution and selectively operates on the subject of civil rights, arguably ushering in a season that could have repercussions for reproductive rights and women's freedom to exercise control over their own choices. The qualification of abortion, which had been consolidated with *Roe v. Wade* and later with *Planned Parenthood v. Casey*, had been far from without weaknesses. Both the Court's *dissenting opinions* and legal doctrine had addressed these aspects, focusing on the *Penumbra* of the Fourteenth Amendment of the US Constitution, reflecting on the appropriateness of anchoring abortion to the equality clause offered by the Thirteenth Amendment, and focusing on the limits of a construction based on the public/private dichotomy. Fifty years of unresolved issues, of which this essay attempts to summarise the main issues.

KEYWORDS: Originalism; abortion; privacy; equality; feminist jurisprudence

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* segna un *Overruling* nella giurisprudenza della Corte Suprema dalla portata storica. Negando rilevanza costituzionale al diritto di aborto, la Corte restituisce una lettura originalista della Costituzione americana e opera selettivamente sulla materia dei diritti civili, probabilmente inaugurando una stagione che potrebbe avere ricadute sui diritti riproduttivi e sulla libertà delle donne a esercitare il controllo sulle proprie scelte. La qualificazione dell'aborto, che si era consolidata con *Roe v. Wade* e poi con *Planned Parenthood v. Casey*, era stata tutt'altro che priva di elementi di debolezza. Tanto le *dissenting opinion* della Corte, quanto i contributi della dottrina erano intervenuti su questi aspetti, focalizzandosi sulla *Penumbra* del XIV emendamento della Costituzione americana, riflettendo sull'opportunità di ancorare l'aborto alla clausola di uguaglianza posta dal XIV emendamento, e ponendo al centro i limiti di una costruzione fondata sulla dicotomia tra pubblico e privato. Cinquant'anni di nodi irrisolti, dei quali in questo saggio si prova a sintetizzare le principali questioni.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; privacy; eguaglianza; giurisprudenza femminista

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: valeria.marzocco@unina.it. Contributo sottoposto a referaggio.

SOMMARIO: 1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale – 2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire – 3. Un *overruling* non sorprendente – 4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate» – 5. Considerazioni minime su un'occasione mancata.

1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale

A quasi cinquant'anni da *Roe v. Wade*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconfigurato la qualificazione giuridica dell'aborto². Una decisione che lo espunge dall'ambito delle libertà fondamentali coperte dal XIV emendamento, affidando alla decisione politica la valutazione su un diritto che, pure consolidato nella sua costante giurisprudenza, era stato al centro di un dibattito dottrinale assai vasto e non necessariamente assorbito entro le prospettive ideologiche che sul tema riflettono visioni morali conflittuali e probabilmente difficili da comporre.

Le motivazioni del *revirement* deciso dai giudici costituzionali statunitensi sono già al vaglio della dottrina³, nei molteplici aspetti che l'impianto argomentativo del testo concede agli interpreti, come nelle conseguenze che esso potrà o meno avere entro il complesso assetto istituzionale americano in cui la sentenza produrrà i suoi effetti. Indubbio è che *Dobbs v. Jackson* sia un arresto dalla portata storica, che pone in azione una specifica tecnica di approccio al testo costituzionale non inedita nella giurisprudenza della Corte, quella dottrina dell'*Original intent* che si tende erroneamente ad ancorare a un'elaborazione teorica assai recente⁴, smarrendone così i legami con la più profonda e risalente tradizione del formalismo interpretativo⁵, per come esso si è prodotto in alcuni momenti emblematici della storia del più alto organo giurisdizionale americano⁶.

Già nel 1897, quando il testo della Costituzione degli Stati Uniti d'America ha poco più di 100 anni, e il XIV emendamento è stato ratificato da circa trenta, il cuore di questa tecnica era rappresentato in un testo classico del pensiero giuridico americano⁷. Nelle parole di Oliver Wendell Holmes Jr., che, della Corte Suprema sarebbe stato tra i più longevi e insigni componenti⁸, legando il suo nome a uno

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Sulla giurisprudenza della Corte consolidatasi dopo la storica pronuncia del 1973: M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America. Roe v. Wade to the Present*, New York, 2020.

² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. No. 19-1392, (2022). Per la consultazione del testo della decisione della U.S. Supreme Court: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

³ Di un «territorio inesplorato» al quale l'*overruling* della Corte esporrebbe il futuro della qualificazione dell'aborto scrivono: D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Rethinking Strategy after Dobbs*, in *Stanford Law Review Online*, 75, 1, 2022, 1.

⁴ La dottrina dell'*Original Intent* risale, come noto, agli anni Sessanta, legandosi a una forma di reazione rispetto alla giurisprudenza che vedeva la Corte Suprema guidata da Earl Warren, impegnata in una interpretazione estensiva dei diritti civili. Per una panoramica: S.G. CALABRESI (ed. by), *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, 2007.

⁵ Sul rapporto tra originalismo e formalismo: T.B. NACHBAR, *Twenty-First Century Formalism*, in *University of Miami Law Review*, 75, 1, 2020, 113-189.

⁶ J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore-London, 2005.

⁷ O.W. HOMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 5, 1897, 991-1009.

⁸ Holmes fu giudice della Corte Suprema dal 1902 al 1932. Un periodo in cui, facendosi interprete di una visione progressista dell'interpretazione costituzionale, egli ispirò la sua attività presso la Corte a un'esigenza di armonizzazione o di mediazione dei confliggenti interessi che percorrevano la società americana dei primi decenni del Novecento: R. POUND, *Judges Holmes's Contribution to the Science of Law*, in *Harvard Law Review*, 34, 5, 1921, 449-453 (spec. 449-450).

degli arresti non a caso accostati a *Dobbs* da una parte della dottrina, *Lochner v. New York*⁹, c'era qualcosa di «rivoltante» nell'acquiescenza interpretativa a un modello di *Rule of Law* che si voglia rintracciare nella lettera di una regola scritta «ai tempi di Enrico IV». Ancor più, «se i fondamenti su cui (*il Rule of Law*) si istituì sono svaniti da tempo, e la regola persiste semplicemente per cieca imitazione del passato»¹⁰.

In quegli ultimi anni dell'Ottocento, di là dall'affermarsi è quella «rivolta contro il formalismo»¹¹ nel cui quadro si sarebbero inserite dottrine come quella della giurisprudenza sociologica e del realismo americano, delle quali Holmes è considerato uno dei principali ispiratori¹². Occorrerà, soprattutto, attendere qualche anno prima che l'accademico di Harvard firmi la sua *dissenting opinion* in *Lochner v. New York*. Una pagina della giurisprudenza americana, quest'ultima, celebre per molte ragioni, tra le quali vi è certamente il paradigma che *Lochner*, a suo modo, ancora è in grado di rappresentare rispetto al rapporto tra *formalismo* e *ideologia* nel ragionamento giuridico.

In un momento storico segnato da profondi e rapidi cambiamenti sociali, questo nodo teorico si misurava per la prima volta esplicitamente sul testo costituzionale e, nello specifico, sul concetto giuridico di *liberty* cristallizzato nel XIV emendamento. E di esso, così ad avviso di Holmes, offriva un'interpretazione in cui quel rapporto tra *forma* e *valore* si saldava, prestandosi a farsi funzione di una prospettiva normativa, alla quale Holmes si opponeva, rimarcando due elementi su cui non a caso si è tornato in questi mesi a riflettere.

Paradossalmente, in quella celeberrima *opinion* di minoranza, compariva un richiamo alla tradizione «del nostro popolo e del diritto». Essa, però, non era richiamo al culto letterale del testo costituzionale che, in quell'occasione, altro non appariva se non infingimento intriso di un'ideologia economica contraria ai principi di una razionalità derivante dalla storia e dal senso comune. La tradizione era *diritto vivente*, la cui funzione di adeguamento nell'ambito dell'attività interpretativa si consacrava in un aforisma ben presente a generazioni di giuristi: «general propositions do not decide concrete cases»¹³.

Era, in sintesi, un invito a riflettere sulle ipotesi in cui il privilegio accordato alla lettera della disposizione normativa – o, se si vuole, il suo *culto* – può farsi segno di una censura opposta al cambiamento dei costumi, delle opinioni sociali dominanti, irrigidendo il testo costituzionale nel punto di vista ideologico che si intende surrettiziamente far prevalere.

⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Interessante, a testimonianza del consolidarsi della rilevanza di questo arresto nella prospettiva originalista, ricordare quanto Justice Antonin Scalia afferma in un suo *dissenting* (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003]) a proposito dell'estensione interpretativa del XIV emendamento in relazione al reato di sodomia: una copertura che andrebbe apprezzata, ricordando *Lochner*, non diversamente da quanto, nel 1905, fu ritenuto di affermarla con riguardo al diritto di lavorare «per più di 60 ore alla settimana in un panificio» (*ivi*, 592).

¹⁰ O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, cit., 1001.

¹¹ Su ciò, M.G. WHITE, *The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*, in *Journal of the History of Ideas*, 8, 2, 1947, 131-152.

¹² Per l'influenza di Holmes sull'antiformalismo americano: W.E. RUMBLE JR., *Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes*, in *Journal of the History of Ideas*, 26, 4, 1965, 547-566. Su Holmes e il giusrealismo, mi sia consentito di rinviare a: V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018.

¹³ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr., *Dissenting*), 76 e 75.

Rivolgersi a un passato così lontano, quando invece vicinissima è la decisione con cui *Dobbs* invalida cinquant'anni di dottrina costituzionale sull'aborto, non deve destare stupore. Di certo, perché qualche ipotesi di accostamento tra *Lochner* e *Dobbs* si è in questi mesi letta, e anche in considerazione del rinvio a *Lochner* operato dalla Corte, intendendo da esso marcare una distanza¹⁴.

Vi è però qualcosa di interessante che il *dissent* di Holmes consente di rilevare sul punto dell'uso che della tradizione e della lettera del testo costituzionale può farsi, lì dove esso contrastava l'esito di quella decisione *facendo leva* proprio su di una radice originaria della volontà costituente la quale, sul tema delle concezioni da privilegiare della libertà, era chiamata a fare da baluardo contro una concezione sclerotizzata e astratta del XIV emendamento e, per questo, funzionale a scopi di natura ideologica.

Quest'argomento – che affermava la volontà del costituente dentro la tradizione vivente del popolo, rendendola così argine rispetto al formalismo – declinava, di tutta evidenza, un modo di intendere la funzione dell'argomento originalista completamente opposto alla funzione che gli assegna la dottrina dell'*original intent*, poiché ne affermava in qualche modo la sua ritraduzione e vivificazione interpretativa attraverso un circuito di validazione sociale e storica.

Dinanzi all'impianto argomentativo di *Dobbs* si è nel quadro di un diverso paradigma, che vuole l'originalismo declinazione a tratti radicale del formalismo interpretativo: una dottrina che si è andata formalizzando negli ultimi trent'anni nella dottrina costituzionalistica americana, la quale, nel suo nucleo, può essere effettivamente rappresentata con l'immagine di una «mano morta», che dal passato si allunga e si estende sul presente, limitando l'attività delle Corti, e facendole custodi a salvaguardia di contenuti sostantivi irrigiditi per come essi furono posti in un lontano passato¹⁵.

Di questa tensione, è prova il largo impiego che *Dobbs* fa di argomentazioni di matrice storica, chiamate a perimetrare la corretta definizione di ciò che nel XIV emendamento non può farsi assorbire, al netto delle libertà che nel tempo in esso sono state consacrate sotto l'egida del diritto alla privacy¹⁶.

Un originalismo a tratti paradossale, dal quale conseguono due effetti: ricostruire un significato giuridico della disposizione sclerotizzata alla sua lettera, escludendo pertanto ogni approccio interpretativo di matrice storico-evolutiva, e, ridimensionare, indebolendolo di fatto, quel richiamo alla «tradizione del popolo» di cui il diritto costituzionale americano è pervaso, poiché la sua forza vitalizzante è ridotta allo specifico significato espresso dalle maggioranze attuali: la Corte sull'aborto non può che tacere, poiché esso è questione che appartiene e va restituita, nelle parole del *Justice* Alito, alla sua matrice politica, dunque agli Stati¹⁷.

¹⁴ Il passo in questione riguarda il concetto di liberty accolto nel XIV emendamento e il criterio dell'aderenza agli «insegnamenti della storia», voluto ad arginare il rischio che i giudici cadessero «a ruota libera dentro un esercizio del giudizio politico che caratterizzò decisioni screditate come *Lochner v. New York*» (*Dobbs v. Jackson*, p. 14). Su ciò: C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of *Bolling v. Sharpe**, in *Harvard Public Law Working Paper*, 22-30 (last rev. 15 nov. 2022).

¹⁵ M.W. McDONNELL, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in *George Washington Law Review*, 66, 1988, 1127-1140.

¹⁶ Sulla dottrina dell'*incorporation*: R.L. CORD, *The Incorporation Doctrine and Procedural Due Process Under the Fourteenth Amendment: An Overview*, in *Brigham Young University Law Review*, 3, 1987, 867-904.

¹⁷ In ciò vi è, secondo la Corte, l'esigenza di operare un *overruling* di *Roe* e di *Casey*, tornando a rimettere la questione «al popolo e ai loro rappresentanti eletti»: *Dobbs v. Jackson*, 68.

2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire

Negli Stati Uniti d'America, l'aborto è un tema da sempre fortemente esposto alle pressioni del potere politico e non vi è dubbio che *Dobbs* sia un arresto che è legittimo intendere in una prospettiva di questo tenore, senza tuttavia lasciarsi del tutto risolvere in essa. Pur non volendo sottostimare l'importanza, forse la decisività, del prodursi di una maggioranza in seno alla Corte, che ha certamente reso possibile quello che a tutti gli effetti è uno dei più significativi *overruling* della storia della giurisprudenza della Corte Suprema¹⁸, occorre anche considerare che la dottrina *Roe*, nonostante la polarizzazione dell'opinione pubblica americana in un dibattito ideologico a tratti veemente, si sia consolidata nella giurisprudenza della Corte suprema per quasi cinquant'anni. Com'è altrettanto evidente che a queste influenze la costruzione giuridica che ne affermava il rango di diritto costituzionalmente assorbito dalla tutela accordata dal XIV emendamento alla privacy abbia resistito, pure nel modificarsi e ridefinirsi degli equilibri politici che si sono avvicendati in seno alla Corte.

Se il tema della composizione politica è una questione da non eludersi, altrettanto evidentemente occorre riconoscere, senza infingimenti, che il paradigma che *Dobbs* invalida era ormai una costruzione indebolita. Un canone che restava inalterato, certo. Il quale però, da tempo, tanto i rilievi insinuati in alcune opinioni di minoranza, quanto le pagine di letteratura giuridica prodotte in materia avevano contribuito ad erodere.

Questi cinquant'anni di discussione, affacciatasi anche in seno alla Corte, erano state altrettante direttrici di indagine, nei cui sviluppi la questione sottoposta al vaglio era stata una, ed era la stessa su cui *Dobbs* ha scritto la fine del canone *Roe*: la fondatezza del profilo costituzionale del diritto di aborto riconosciuto come declinazione delle libertà tutelate dal concetto di privacy. Diversamente dall'interpretazione prevalsa in *Dobbs*, la dottrina e le opinioni di minoranza avevano argomentato però diversamente i punti di criticità che quella costruzione rivelava: talvolta, facendo leva sulle ragioni concettuali e dottrinarie che suggerivano di correggere l'ancoramento costituzionale del diritto ad abortire, in altri casi insediando i propri argomenti all'interno di teorie radicalmente critiche, che ricadevano sull'aborto muovendo dal significato e dai limiti del concetto giuridico di privacy accolto dai giudici costituzionali.

Conta forse rilevare che, soprattutto nell'ambito dei primi approcci, come anche negli altri, seppur più debolmente, si faceva spazio un argomento classico, ancora una volta già presente nel *dissent* di Holmes in *Lochner v. New York*, lì dove si alludeva al fatto che, dinanzi alla necessità di vagliare le condizioni che rendono libera la determinazione individuale, una parte dello scrutinio non potesse non riguardare il tema dell'uguaglianza¹⁹.

¹⁸ Su questi aspetti, non è irrilevante che la Corte, davanti alla quale il *Mississippi Gestional Age Act* pendeva dal dicembre del 2021, abbia dal 2020, con la contestata nomina di Amy Coney Barrett, una composizione politicamente orientata a posizioni conservatrici, consolidandosi in un equilibrio politico che neanche l'ingresso di Ketanji Brown Jackson, promosso da Biden nel febbraio del 2022, riesce a spostare. Di ciò il *Certiorari* reso al Quinto Circuito della Corte d'Appello dalla U.S. Supreme Court è in parte il prodotto. Per un'analisi di questi aspetti, anche riflettendo su *Dobbs*: J.S. SCHACTER, *Polarization, Nationalization, and the Constitutional Politics of Recent State Supreme Court Elections*, in *Wisconsin Law Review*, 5, 2022, 1311-1336.

¹⁹ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr. *Dissenting*), 76.

È un aspetto, quest'ultimo, che *Dobbs* elude del tutto, rivelando quale sia la tesi normativa (della quale l'argomentazione giuridica è funzione) che si intendesse far prevalere: cancellare, non riformulandola, una garanzia costituzionale che è un fondamentale diritto delle donne, e che oggi è restituita al fragile e instabile terreno delle maggioranze politiche espresse nel quadro di un modello democratico in profonda crisi di rappresentatività e partecipazione in molte realtà istituzionali, compresi gli Stati Uniti²⁰.

Dobbs v. Jackson è, anche da questo punto di vista, una pronuncia che pone al centro il problema del rapporto tra *formalismo* e *ideologia*, riversando nel canone dell'*Original intent* le tensioni che esso ha sovente assecondato nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema²¹. In questo senso, è però anche, più specificamente, un testo esemplare che condensa alcuni tratti paradigmatici di una specifica vocazione della dottrina originalista, tra i quali vi è la tendenza a leggere nel senso di una specularità performativa il rapporto tra la volontà delle maggioranze, per come essa si pone storicamente nel presente, e quella che può ricostruirsi al tempo in cui la Costituzione fu posta nel passato.

Proviene da ciò lo spiccato *favor* per un argomento «della sovranità popolare», che si afferma saldandosi nel rinvio all'originario significato della volontà costituente, la quale giustifica il vincolo a cui deve attenersi il lavoro delle Corti, restringendone il perimetro di esercizio dell'attività interpretativa e, con essa, offrendo un'interpretazione circa la forma di una politicità che ne è un aspetto decisivo nell'assetto istituzionale americano²².

Questi elementi sono esplicitamente richiamati da *Dobbs*, che costruisce le sue argomentazioni su un impianto che veicola un'interpretazione del XIV emendamento aderente a standard di affidabilità letterali²³, afferma come indebita l'estensione della sua garanzia al caso dell'aborto, e lo restituisce ai canoni di ammissibilità di ordine politico rappresentativo, come già illustrati da Antonin Scalia, nella sua *dissenting opinion* di *Casey*²⁴.

Anche per queste ragioni, l'accostamento tra *Dobbs* e *Lochner* è tutt'altro che privo di interesse.

Detto ciò, occorre tuttavia non smarrire il senso della storia, e con essa, quello della storia della giurisprudenza della Corte, su almeno alcuni punti essenziali.

Il primo è certamente quello della costruzione per via giurisprudenziale e dottrinale del concetto di libertà come posto dal XIV emendamento: un percorso che si è riannodato nel tempo, e in termini

²⁰ Su ciò, occorre certamente considerare come, da *Roe v. Wade*, si instauri un processo di sostanziale inibizione del potere regolatorio degli Stati sulla materia dell'aborto e ciò, di tutta evidenza, è una questione che tocca il rapporto tra giudice e legislatore: M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures and European Challenges*, Cambridge-London, 1987, 30 ss.

²¹ J.S. SCHACTER, *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implication for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1, 51, 1998, 1-71. Su questi aspetti, *amplius*, M. N. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *New York Law Review*, 1, 84, 2009, 1-96.

²² Su questi temi, resta classico: G. BOGNETTI, *Malapportionment: ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, 1966, spec. 269 ss.

²³ Per questo standard, la Corte rinvia addirittura alla tesi dell'analisi linguistica («the language of the instrument»), intesa come origine di ogni approccio corretto al testo costituzionale affermata nel 1824 (*Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 [1824], 189).

²⁴ Nelle parole affidate all'*opinion* parzialmente dissenziente di Scalia, «l'ammissibilità dell'aborto e le limitazioni su di esso devono essere risolte come lo sono la gran parte delle questioni importanti della nostra democrazia: dai cittadini che provano a persuadersi a vicenda e poi votano»: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (Justice Scalia, *Dissenting*), 979.

saldi, al concetto di privacy e al complesso di diritti che da esso ne sono stati via via enucleati²⁵. L'altro è che la Corte, in *Dobbs*, opera in qualche modo chirurgicamente su questo impianto, sezionando da esso la materia dell'aborto da un complesso più ampio di libertà, relative alla vita sessuale, personale, riproduttiva, fondate anch'esse nello stesso quadro.

In *Roe v. Wade*, il fondamento costituzionale del diritto all'aborto era stato una costruzione interpretativa operata nella *penumbra* del XIV emendamento²⁶. Un'operazione interpretativa che, sulla materia dell'aborto, si riallacciava alla qualificazione della privacy in termini di principio anch'esso non esplicitamente previsto, ma desumibile da un novero di diverse previsioni costituzionali: il primo, quarto, quinto e quattordicesimo emendamento²⁷.

Al cospetto del canone introdotto dalla Corte nel 1973, che aveva trovato continuità e specificazione in pronunce successive²⁸, l'impianto originalista adottato da *Dobbs* fa leva però su di un argomento principe, e questo riguarda l'*eccezionalità* del diritto di aborto nel novero dei diritti che hanno trovato garanzia di tutela costituzionale entro il XIV emendamento e delle clausole costituzionali a fondamento della privacy, in ragione del dilemma morale – l'aborto è una «critical moral question» – a cui esso espone la coscienza dei singoli. L'aborto è tema che chiama in causa le «opinioni appassionate e ampiamente divergenti» dei cittadini, e tale considerazione è proposta come un dato che sarebbe banale da considerare, se non fosse, nell'*opinion* di maggioranza estesa dal Justice Alito, saldato come un fatto, cristallizzato e non controvertibile, alla prova storica che specularmente lo traduce nella ragione a sostegno della sua mancata previsione da parte dei Costituenti²⁹, oltre che della sua criminalizzazione diffusa nelle legislazioni statali prima di *Roe*³⁰.

Pur non spingendosi a riconoscere personalità giuridica al feto, la Corte trae dalla sua personalità morale – implicita nella definizione del prodotto del concepimento in termini di «unborn human being»³¹ – ragioni sufficienti a costringere entro un significato letterale (e originario) la rilevanza da

²⁵ Sulla costruzione giuridica del concetto di privacy nella giurisprudenza della Corte: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Per un'analisi, in rapporto alla *Penumbra* del *Bill of Rights*: H.T. GREELY, *A Footnote to «Penumbra» in Griswold v. Connecticut*, in *Constitutional Commentary*, 6, 2, 1989, 251-266.

²⁶ Per l'impiego della metafora della "penumbra" nel pensiero di Holmes (come esercizio proprio e necessario dell'attività interpretativa del giudice dinanzi a casi dubbi, «una linea tracciata in qualche luogo della penumbra tra il buio e la luce, altrimenti destinati a restare nell'incertezza»: O.W. HOLMES, JR., *The Theory of Torts*, in *American Law Review*, 7, 1873, 652-670 [654]).

²⁷ *Griswold v. Connecticut*, cit., 481-486.

²⁸ Su ciò, per una recente e ampia analisi: G. VIGGIANI, *La questione giuridica dell'aborto negli Stati Uniti*, in *AG About Gender*, 3, 5, 2014, 108-138.

²⁹ *Dobbs v. Jackson*: per la definizione dell'aborto come dilemma morale (32); sulla sua divisività (4); per l'argomento storico (23 ss.).

³⁰ Può non essere irrilevante, in chiave ricostruttiva, sottolineare le ampie convergenze che l'impianto argomentativo proposto da Samuel Alito in *Dobbs* mostra con un suo *dissent* (al quale aderivano i Justices Thomas e Scalia) in tema di matrimonio omosessuale del 2015: *Obergefell et al. v. Hodges*, U.S. 2584 (2015) (Justice Alito, *Dissenting*), il quale esordiva in questi termini: «La Costituzione non dice nulla sul matrimonio omosessuale, ma la Corte sostiene che il termine "libertà" nel Due Process Clause del XIV emendamento ricomprenda questo diritto».

³¹ Il mutamento di paradigma posto da *Dobbs* sulla materia dell'aborto passa anche attraverso una scelta linguistica e concettuale, la quale, sulla definizione del feto, supera il concetto di «vita in potenza», di per sé già

accordarsi a una concezione della libertà, che, nella qualificazione costituzionale, non può confondersi con le opinioni soggettive³².

La Costituzione non fa alcun espresso riferimento all'aborto, e non avrebbe potuto, secondo la Corte, non già per ragioni storiche di carattere culturale, né tanto meno perché potrebbe intendersi in ciò una pagina di quella dicotomia tra *pubblico* e *privato* che ha costretto la condizione femminile per secoli³³. La non previsione dell'aborto è un *fatto* dal quale si desume un *valore*: il primo rivela non già un dato, ma indica ciò che *deve essere* nell'attualità del perimetro in cui può definirsi legittima l'interpretazione del testo.

3. Un *overruling* non sorprendente

Roe v. Wade non è solo una sentenza sull'aborto, è anche una decisione che segna un passaggio decisivo nella dottrina della Corte Suprema in materia di *privacy*³⁴. Un aspetto, quest'ultimo, niente affatto marginale, se si valuta che è nel perimetro coperto dal concetto di *privacy* che *Roe* si afferma come un arresto osservabile da un punto di vista sociologico-giuridico, poiché si fa tappa di un percorso di emancipazione femminile del Novecento, al quale offre uno strumento di qualificazione attraverso un'interpretazione storico-evolutiva del testo costituzionale. Tuttavia, occorre considerare che, negli anni successivi, sarebbe stato proprio il connubio tra *privacy* e *aborto* a essere revocato in dubbio da una parte del pensiero femminista, all'esterno e all'interno del pensiero giuridico.

Va detto che, nel corso degli anni Sessanta, la battaglia per la legalizzazione dell'aborto, nella sensibilità del pensiero femminista³⁵, si esplicita nel quadro della rivendicazione dei diritti civili. Un obiettivo, al quale la Corte, nel 1973, con il concetto di *privacy*, offre una copertura giuridica capace di porsi in paradossale sintonia con l'idea, propria del femminismo degli anni Settanta, liminare alla rivendicazione di una proprietà del proprio corpo intesa come controllo delle scelte sessuali, che si è creduto di riconoscere nell'affermazione di un'intangibilità dello spazio identitario (*privato*) separato dalla funzione procreativa (*pubblica*)³⁶.

Andavano in questa direzione almeno due arresti che preparavano *Roe*, nei quali le vicende da cui originavano i casi giunti alla Corte riguardavano proprio il tema della divaricazione tra *sessualità* e *procreazione*, giungendo, nelle sue cure, a delineare la rilevanza costituzionale al diritto alla *privacy*,

ambiguo, affermato in *Roe v. Casey*, per aderire senza discuterne affatto alla lettera del *Mississippi Gestional Age Act*: su ciò, *Dobbs v. Jackson*, 31.

³² Diversamente da altre ipotesi, la protezione dell'aborto non può ritenersi in alcun modo implicita nel testo, poiché occorre non confondere il riferimento alla libertà previsto dal XIV emendamento con quella «naturale tendenza umana a confondere ciò che l'emendamento protegge con le nostre opinioni sulla libertà cui tutti gli americani dovrebbero godere»: *Dobbs v. Jackson*, 2.

³³ Cfr., § 4.

³⁴ D. GARROW, *Liberty and Sexuality. The right to privacy and the making of Roe v. Wade*, Berkely-Los Angeles-London, II edition, 1998.

³⁵ Su questi aspetti: R.B. SIEGEL, *Roe's Roots: The Women's Rights Claims That Engendered Roe*, in *Boston University Law Review*, 90, 2010, 1875-1907 (spec. 1896 ss.).

³⁶ Argomenti interessanti sul tema della *ownership* si ritrovavano in: J.J. THOMSON, *A defense of Abortion*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1, 1971, 47-66.

sebbene non espressamente sancito nella Carta costituzionale³⁷. Si inaugurava così una stagione in cui la dottrina degli «implied rights» avrebbe segnato la strategia principale di un'interpretazione estensiva del XIV emendamento, esponendosi altresì all'obiezione di un abuso di discrezionalità politica nella selezione degli interessi da tutelare che, in fondo, è la principale criticità su cui *Dobbs* costruirà il proprio ritorno all'*Original intent* del Costituente in materia di aborto³⁸.

Interpretando il clima dell'epoca e iscrivendosi all'origine di un processo di estensione delle libertà civili che avrebbe visto la Corte suprema impegnata ad assottigliare il diaframma che segna le diverse declinazioni *politiche* sedimentatesi nel rapporto tra giudici e legislatore nel sistema americano, *Roe v. Wade* è stato soprattutto un arresto innovativo: ha definito uno standard per l'epoca assai avanzato in un paese in cui, ancora negli anni Settanta, l'aborto era un reato, e su di esso aveva legiferato solo un numero assai esiguo di Stati; e non vi è dubbio che sia stata una sentenza che ha, in qualche modo, dato origine a una stagione di legalizzazione dell'aborto che altri ordinamenti hanno sperimentato dopo quella decisione. Una fase di cui essa è stata antesignana e ispiratrice³⁹.

Oltre a ciò, *Roe* è altresì stato anche, nelle cure della dottrina, uno degli arresti più studiati, discussi, e a tratti contestati, tra quelli che hanno scritto la storia della giurisprudenza Corte Suprema⁴⁰.

Si è trattato di un dibattito scientifico, ma non privo di una sponda esterna, a tratti del tutto convergente, nella sensibilità di quei componenti della Corte che hanno provato a costruire un consenso intorno alle questioni che andavano emergendo tra gli studiosi e le studiose negli anni in cui pure quel paradigma si rivelava tutt'altro che sotto attacco.

³⁷ Occorre ricordare che prima di *Roe* vi fosse stato un unico precedente in materia di aborto: *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971). Pur considerando come una pronuncia dell'anno prima avesse offerto, in una materia che riguardava ancora la contraccezione, un'interpretazione estensiva del concetto di privacy sul tema della sessualità, affermandone la portata discriminatoria di una sua limitazione alle sole coppie unite nel vincolo matrimoniale (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 [1972]), resta che sia stata *Griswold* (cfr. *supra*, nota 27), a tutti gli effetti il precedente senza il quale *Roe* non sarebbe stato ipotizzabile. Ciò, oltre che per il ragionamento sulla *Penumbra* del XIV emendamento, che dà origine alla dottrina progressista sui diritti civili (cfr. *supra*, nota 25), anche per l'affermazione della rilevanza del *Due Process Clause* come criterio di riconoscimento di diritti non espressamente sanciti entro il *Bill of Rights*, grazie al quale si impone il divieto dei legislatori statali di intervenire in termini restrittivi su tale spazio di autonomia delineato dalla privacy, per come ricavata dal I, IV, V, e XIV emendamento.

³⁸ Una posizione che emergeva nei *dissenting* di Hugo Black e Potter Stewart la critica contro l'abuso di politica della Corte, la quale attraverso la dottrina degli «implied rights» concentra su di sé una discrezionalità di ordine politico nella selezione di quali posizioni e interessi tutelare, sottraendolo, di fatto al legislatore: *Griswold v. Connecticut*, cit. (Justices Black and Stewart, *Dissenting*), 508 ss.

³⁹ Su ciò, la prospettiva giuridica inaugurata da *Roe*, avrebbe avuto diverse ricadute in Europa, delle quali il caso dell'Italia e della Germania federale è emblematico. Se, in Germania, il *BundesVerfassungsgericht* si pronunciava nel senso della criminalizzazione della pratica abortiva (BVerfG, sez. I, 25 apr. 1975), la Corte Costituzionale italiana, nello stesso anno emanava un arresto importante sul tema (C.C. 27/1975), dichiarando la parziale illegittimità del reato di aborto previsto dall'art. 546 c.p., e preparando la strada alla legge 194/1978. Una riflessione in chiave di raffronto si trova in: A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto: una prospettiva comparata*, in *Notizie di Politeia*, 35, 2019, 7-15.

⁴⁰ Per uno sguardo complessivo: L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash*, in *Yale Law Journal*, 8, 120, 2011, 2028-2087.

A chi ha seguito le vicende della giurisprudenza della Corte sull'aborto successiva a *Roe*, non è oscura la circostanza per cui, nelle posizioni di minoranza di quegli arresti, non vi è solo la possibilità di osservare l'affinarsi di una posizione originalista la cui parabola si è oggi consolidata in *Dobbs*.

Sebbene in un quadro che si ritrovava a ribadire il canone dell'aborto come diritto che trovava riconoscimento nella privacy, ipotesi di una diversa prospettazione emergevano, e se queste, talvolta, si limitavano all'avvertimento a prestare adeguata protezione sotto il profilo della rilevanza costituzionale dell'aborto nella garanzia all'uguale possibilità delle donne di esercitare la propria libertà di scelta⁴¹, in altri casi, quel quadro lo ponevano in dubbio⁴², assorbendo più generalmente la critica al nesso tra privacy e aborto per come prospettato da una parte della dottrina giuridica e per come era stato consolidato dalla Corte⁴³.

Questa discussione aveva avuto uno dei suoi punti di caduta più autorevoli nell'esigenza di inaugurare una nuova stagione di difesa dell'aborto, basata sulla copertura offerta dalla clausola di uguaglianza⁴⁴. Una tesi che si sviluppava in dottrina muovendo da distinti approcci, e che, nella cornice degli orientamenti della Corte suprema, trovava una prospettazione cristallina nella posizione di Ruth Bader Ginsburg, la quale riusciva a cogliere, e ad anticipare, un approccio al canone *Roe* fondato su di una concezione dell'autonomia e della libertà di autodeterminazione delle donne che si sarebbe dovuta liberare dal principale limite che ad essa conferiva il loro assorbimento nella mera privacy. Occorreva sollevare il velo sul rapporto tra scelte procreative, libertà sessuale e condizioni di accesso alla cittadinanza democratica. E si apriva così una strada che non poteva non avere ricadute su *Roe* e sulla pretesa che esso era andato affermando, circa il fatto che l'esercizio dell'aborto fosse una mera questione di astratta libertà di scelta sulle vicende della propria vita privata. L'aborto, come la maternità, erano un tema politico e strutturalmente non separabile né dalla cittadinanza democratica, né dalle condizioni del suo uguale esercizio⁴⁵.

In realtà erano state questioni che si erano fatte palesi già nel corso degli anni Settanta, sviluppandosi dentro il dibattito filosofico e scientifico degli anni successivi⁴⁶. Esse, tuttavia, avrebbero fatto il lo-

⁴¹ Nel 1983, era stato di questo segno un *dissent* di Justice O'Connor, lì dove si era evidenziata come, più ancora della copertura offerta dal XIV emendamento, garantire il diritto all'aborto alla donna ricadesse nella protezione di un uguale diritto a sancire la sua libertà di scelta (*City of Akron Ctr. For Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 [1983] (Justice O'Connor, *Dissenting*), 452 ss. Si veda, su ciò, altresì: *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

⁴² «Questa Corte creò il diritto all'aborto fondato su di (un concetto) amorfo, un diritto alla privacy non scritto, il quale è basato sulla *finzione giuridica* del substantive due process»: *June Medical Services, L.L.C. et al. V. Russo*, 18-1323, 591 U.S. (2020) (Justice Thomas, *Dissenting*), 14 ss.

⁴³ Nella mole della letteratura, si veda, almeno: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse-New York, 1985; C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, in *Columbia Law Review*, 1, 92, 1992, 1-52.

⁴⁴ A. KOPPELMAN, *Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion*, in *Northwestern University Law Review*, 2, 84, 1989, 480-535.

⁴⁵ Sebbene questo fosse un argomento presente (*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 [1986]), la questione dell'inquadramento giuridico dei diritti civili in una prospettiva implicitamente di genere – quella del «woman's role» – aveva già trovato più ampio su altre tematiche, come per esempio in materia di mescolanza etnica: (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, [1967]).

⁴⁶ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question: Forty Years of Debate*, in *Indiana Law Journal*, 4, 89, 2014, 1365-1380.

ro ingresso nelle opinioni dei giudici solo molto dopo, certamente già in *Casey*⁴⁷ e poi, in special modo, in *Carhart*⁴⁸. Un arresto, quest'ultimo, in cui al vaglio della Corte è sottoposto il *Partial-Birth Abortion Ban Act* e che però non invalidava il quadro di quella dottrina della non interferenza, confermata dalla Corte quale principale baluardo a garanzia del modo in cui una donna dovesse e potesse affermare il proprio ruolo sociale.

Sebbene *Carhart* resti un passaggio che ancora restava nel solco di *Roe* e di *Casey*, è in quella decisione che la questione giuridica dell'aborto registra, nel *dissent* di Justice Ginsburg, il primo e chiaro tentativo di erosione della dottrina *Roe*, a tutela di una più adeguata e salda sua protezione costituzionale dentro gli equilibri della Corte.

È un passaggio importante, in cui si afferma che debba considerarsi illegittima ogni restrizione della libertà riproduttiva della donna non già e solo perché essa sia una forma di lesione del suo diritto alla privacy, essendo la rilevanza costituzionale del diritto ad abortire da rintracciarsi nel suo diritto all'uguale partecipazione alla società democratica⁴⁹.

La prospettiva indicata da Ginsburg⁵⁰, alla quale faceva intanto eco una sempre più forte critica avanzata dalla *feminist jurisprudence* in parte convergente su questi aspetti, sarebbe rimasta al di fuori della giurisprudenza consolidatasi nelle maggioranze della Corte⁵¹.

In termini teorici, la pervicace resistenza che porta la Corte Suprema a non riformare la propria costruzione interpretativa è la tenuta di una specifica connotazione liberale di approccio all'aborto che i giudici adottano e non abbandonano negli anni. Un canone che, inaspettatamente, ritrovava una sponda esterna nella serie di argomenti che portano una parte del pensiero femminista a cristallizzare il proprio sguardo sull'aborto dentro un argomento obliquo, quello di un differenzialismo del cor-

⁴⁷ Nell'arresto (cfr. *supra*, nt. 24), che negava che il diritto d'aborto potesse essere impedito dal parere contrario del padre, Calabresi legge una traccia, sebbene involuta, che poteva riconoscersi nella giurisprudenza della Corte Suprema sviluppatasi da *Roe*, la garanzia di un'uguale libertà sessuale tra i sessi e, da ciò, del controllo dei propri diritti riproduttivi da parte della donna: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, cit., 11 ss. Ciò è forse evidente soprattutto lì dove la Corte, nelle parole dei *Justices* Kennedy, O'Connor e Souter, afferma che «la libertà della donna è in gioco in un significato unico rispetto (a quello che esso assume nella) condizione umana e unico per il diritto»: *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 852.

⁴⁸ Il tema su cui la Corte si esprime è quello del *Partial Birth Abortion*, tecnica consistente nell'estrazione del feto dall'utero nel secondo trimestre di gravidanza, vietata con legge dallo stato del Nebraska. La pratica, al tempo oggetto di divieto in 30 Stati, sebbene sospesa in quattordici di questi per la pendenza del giudizio innanzi alla Corte, è dichiarata incostituzionale ad esito di riarticolazione degli orientamenti politici dei *Justices*. Alla pronuncia, infatti, aderiscono in cinque, mentre *Justice* Kennedy, il cui voto era stato decisivo in *Casey*, si schierava con il blocco conservatore rappresentato da Rehnquist, Scalia e Thomas: *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

⁴⁹ Ribadendo la propria tesi circa il fatto che la giurisprudenza della Corte sull'aborto strutturatosi in *Roe* e in *Casey* non avesse fondamento nella Costituzione, Ginsburg richiamava proprio un passo di quest'ultimo arresto, lì dove esso affermava, nel diritto di aborto, il riconoscimento della capacità delle donne «a controllare la propria vita riproduttiva». Si ricavava da ciò che i giudici, in questo modo, si fossero ritrovati, sebbene inconsapevolmente, non certo a richiamare una generica nozione di privacy, quanto piuttosto a porre al centro «l'autonomia delle donne a determinare il corso della propria esistenza, e così a partecipare con uguaglianza di opportunità ai diritti di cittadinanza»: *Gonzales v. Carhart* (Justice Ginsburg, *Dissenting*), 172.

⁵⁰ Occorre rilevare che si trattasse di una tesi precocemente affermata da Ruth Bader Ginsburg: R.B. GINSBURG, *Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 2, 1985, 375-386.

⁵¹ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), 1996, 98.

po, il quale non solo non riesce a far penetrare nella giurisprudenza della Corte la divaricazione concettuale tra *maternità* e *gestazione*, ma finisce per aderire implicitamente a quella separazione tra sfera pubblica e sfera privata che ne faceva da cornice.

4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate»

Nella tradizione del diritto inglese, la questione dell'inizio della vita si definisce in base al criterio del *quickening*, ovvero del movimento del feto all'interno del grembo materno⁵². Si tratta del principio alla luce del quale molte legislazioni sull'aborto, compresa quella italiana, bilanciano due diversi interessi oggetto di tutela, la vita prenatale e la salute della gestante, periodizzando nel primo trimestre la fase in cui l'aborto è da ritenersi praticabile⁵³.

In paradossale sintonia con un paradigma che si ritrovava evocato dalla tesi della *ownership* del proprio corpo affermata da una parte del femminismo, soprattutto nel corso degli anni Settanta, che faceva dell'aborto una questione affidata a una pretesa di non interferenza dello Stato sull'aborto, *Roe*, ancorando alla privacy il diritto di abortire, manteneva la dicotomia concettualmente alla base di questo bilanciamento. Si tratta di una polarizzazione tra la *gestante* e il *feto*, la quale, guardata sotto il profilo giuridico, pone in una dinamica di opposizione l'esistenza di un interesse pubblico alla vita, di cui lo stato è titolare, alla qualificazione di un diritto ad autodeterminarsi nelle proprie scelte.

È una cornice concettuale che segna un significativo contrasto rispetto a una prospettiva di genere all'aborto, ed è il punto focale su cui si delineava, nel femminismo giuridico, la critica alla «dottrina delle sfere separate», della quale si rintracciava in *Roe* un paradigma esemplare da aggredire. Internamente alla *feminist jurisprudence*, tali obiezioni erano, così, inevitabilmente rivolte a parte del femminismo che ora aveva scelto consapevolmente di tenere attiva tale distinzione, aderendo esplicitamente a una concezione della privacy intesa come spazio di autonomia decisionale da tenersi immune dall'ingerenza istituzionale⁵⁴, in altri casi se ne era ritrovata implicitamente in sintonia, reiterando un'idea di intangibilità delle scelte sul proprio corpo alla quale il concetto della privacy rinvia senz'altro, proprio nella tradizione di *common law*⁵⁵.

Va detto che sulla critica a *Roe*, da questo punto di vista, le classiche contrapposizioni che hanno segnato gli sviluppi del femminismo sono una cornice in fondo non adeguata⁵⁶.

⁵² Per una ricostruzione, utili sono i vari saggi che si trovano in: W.B. BONDESON, H.T. ENGELHARDT JR., ET AL. (ed. by), *Abortion and the Status of the Fetus*, New York, 1983.

⁵³ Per una lettura critica su questi aspetti, specialmente in *Roe*, in cui il criterio è impiegato in una logica di bilanciamento tra interesse pubblico e autodeterminazione sulle scelte, sotto l'egida della privacy: N.K. RHODEN, *Trimester and Technology: Revamping Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 95, 4, 1986, 639-697.

⁵⁴ In questi termini, della privacy si declina un significato del tutto in linea con la definizione offerta da Dworkin, che la intende come «autonomia deliberativa»: la privacy indica un'area d'intangibilità da parte del potere pubblico rispetto alla sfera dell'autonomia decisionale dei propri cittadini riguardante questioni politiche, morali o etiche (R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.).

⁵⁵ M.A. FINEMAN, *The Neutered Mother, The Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, London, 1995, spec. 186-189.

⁵⁶ Su questi aspetti, in chiave ricostruttiva sulle posizioni espresse dalla *feminist jurisprudence* con riguardo al confine pubblico/privato: R. GAVISON, *Feminism and the Public/Private Distinction*, in *Stanford Law Review*, 45, 1, 1992, 1-46.

Nella sua declinazione giuridica, mentre certamente era tenuta per ferma dalle studiose che lavoravano criticamente sul canone liberale, mantenendo la tutela offerta dalla privacy all'aborto per come indicata dalla giurisprudenza della Corte⁵⁷, più articolato era il punto di vista emergente nella componente più radicale del movimento, anche e soprattutto quando essa si ritrovava a discutere il fondamento culturale implicito nella separazione tra pubblico e privato su cui la Corte aveva costruito il fondamento costituzionale all'aborto, ragionando sui problemi e sui rischi da essa derivanti⁵⁸.

Nel lavoro di studiose come Martha Fineman, la protezione offerta dalla privacy ai diritti delle donne finisce per accettare implicitamente lo schema di una dicotomia tra pubblico e privato⁵⁹, che porta con sé il peso dell'ideologia del patriarcato, e che pretende l'abdicazione dello Stato⁶⁰ da una dimensione privata in cui le condizioni dell'esercizio della libertà sono tutt'altro che neutre, come il caso dell'aborto testimonia⁶¹. Contro la fittizia universalità di un soggetto liberale atomizzato nella sua astrattezza e nella sua invece evidente mascolinizzazione, vi è così da misurarsi su di una diversa concezione della soggettività, la quale si apprezza e si struttura nel contesto delle asimmetrie storiche e culturali⁶². Un quadro che non è nient'affatto tutelato dall'assenza dello Stato, ma dalla penetrazione della sua azione perequativa⁶³.

Se, come si è rilevato, su questi temi, non poteva che prodursi una distanza con le posizioni assunte dal femminismo liberale, più sottile si poneva la divergenza con prospettive le quali, muovendo da analoga critica ai dispositivi giuridici facenti leva sulla medesima ideologia, indicavano un diverso approccio alla dottrina delle «sfere separate». Preservare il concetto della privacy come centrale nel

⁵⁷ Su ciò, si veda: L.C. McCLAIN, *Reconstructive Tasks for a Liberal Feminist Conception of Privacy*, in *William & Mary Law Review*, 40, 3, 1999, 759-794; A.L. ALLEN, *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Washington, 1988.

⁵⁸ In questa direzione d'indagine, la critica rivolta da questa parte del pensiero femminista si trova a focalizzarsi sul XIV emendamento, mettendo in luce il carattere performativo derivante dalla sua interpretazione liberale. Un canone cristallizzato nella giurisprudenza della Corte, che «nel nome della garanzia costituzionale a protezione della libertà individuale protegge anche *aggressivamente* le profonde gerarchie che si producono in materia di salute, status, razza, orientamenti sessuali, e genere, agevolando quelle pratiche di discriminazione»: R. WEST, *Progressive Constitutionalism: Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Durham (NC), 1994, 164-165.

⁵⁹ In questi termini, *Roe v. Wade* non solo sarebbe stato un compromesso, ma avrebbe agevolato la perdurante tenuta dell'aborto nel perimetro dei confini tra pubblico e privato: F. OLSEN, *Unraveling Compromise*, in *Harvard Law Review*, 103, 1, 105-135.

⁶⁰ C.A. MACKINNON, *Toward a Femist Theory of the State*, Cambridge-London, 1989, 191, ss.

⁶¹ C.A. MACKINNON, *op. cit.*, 189-194.

⁶² D'altra parte, è anche vero che in qualche caso gli argomenti prodotti da quello stesso femminismo che più fortemente ha attaccato la dicotomia pubblico/privato, talvolta siano caduti in contraddizione. È il caso della critica rivolta da Fineman alla privacy, che è intesa come strumento di protezione ancora valido per la tutela della famiglia: M.A. FINEMAN, *Societal Factors Affecting the Creation of Legal Rules for Distribution of Property at Divorce*, in *Family Law Quarterly*, 23, 2, 1989, 279-299.

⁶³ Quando si considera la privacy in termini di autodeterminazione o autonomia decisionale, per questo, si finisce con il condensare in un unico concetto sommario due opposte questioni che, se non adeguatamente vagliate, rischiano di avere conseguenze non marginali con riguardo a tutte le forme di esercizio della determinazione individuale, nascondendone il punto più problematico per soggetti, come le donne, per le quali il riconoscimento della norma patriarcale è talvolta difficile da rilevare, in ragione degli elementi di interiorizzazione inconscia che essa ha prodotto: K. ABRAMS, *Sex Wars Redux: Agency and Coercition in Feminist Theory*, in *COLUMBIA LAW REVIEW*, 95, 2, 1995, 304-376.

contrasto alle discriminazioni di genere⁶⁴ sarebbe stato possibile, purché in un'ottica di rivendicazione ad una pretesa di regolazione del privato; la privacy, detto altrimenti, avrebbe dovuto consolidarsi come concetto giuridico da declinarsi in contesto, nel vaglio che alla libertà di autodeterminazione individuale offrono le condizioni dei casi apprezzabili in concreto, e nella pretesa che l'ingerenza pubblica possa e debba darsi lì dove essa sia effettivamente in grado di garantire condizioni di uguaglianza⁶⁵.

Muovendo uno sguardo più complesso alla giurisprudenza della Corte, e uscendo dalla centralità del paradigma *Roe*⁶⁶, si costruiva così un approccio certamente critico nei riguardi della privacy come categoria performativa della dottrina delle «sfere separate», ma non rivolto a teorizzare il suo radicale superamento. Nella prospettiva di Catharine MacKinnon, la privacy, come categoria, suggella certamente l'area di una intangibilità protetta della riservatezza, che intesa nel suo significato tradizionale e canonico, implica un retrocedere del potere statale dall'obbligo di protezione e tutela di una sfera in cui le donne, per retaggi culturali e assetto della vita familiare, finivano per essere ricondotte ed esposte⁶⁷. E, altrettanto indubbiamente, si tratta di riconoscere in ciò una tradizione dottrinale responsabile di aver ottenebrato le condizioni dell'ineguaglianza di genere che corrono all'interno delle relazioni tra uomo e donna, lasciandola totalmente priva di ogni adeguata attenzione sotto il profilo della dottrina costituzionale⁶⁸.

Tenendosi esteri agli approcci radicali prodotti da una parte del femminismo, piuttosto che abbandonare la privacy, si affermava però un'esigenza diversa, al cui cuore vi era un'opera di risemantizzazione del concetto, possibile alla luce dell'opportunità di aprire i significati giuridici che in esso si sono consacrati nella tradizione alle forme di un esercizio dell'autodeterminazione individuale che chiedono di essere riconosciute e tutelate dentro un quadro che tenga conto, e non occulti, le pretese di uguaglianza scaturenti dalle ineguaglianze materiali.

⁶⁴ Cfr., *supra*, nota 57.

⁶⁵ C. McCLAIN, *Inviolability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, in *Yale Journal of Law and Humanities*, 7, 1, 1995, 195-242.

⁶⁶ In alcuni casi, (*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]), sostiene la studiosa, si rivela la questione centrale che l'aborto pone, che è quella dell'eguaglianza di accesso nelle condizioni di diseguaglianza materiale che intervengono e orientano il processo di autodeterminazione delle donne circa le proprie scelte procreative: nessun obiettivo che miri all'emancipazione della soggettività femminile può non tener conto della ricaduta identitaria e stereotipizzante che fattori come la classe, l'etnia, le condizioni economiche impongono alle donne: C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in *Yale Law Journal*, 100, 5, 1991, 1281-1328. Ed è per questo che una parte delle studiose avanzavano la necessità di evidenziare una traccia capace di mostrare come, anche in assenza di livelli di discriminazione formale, queste diseguaglianze permanessero, non solo nella giurisprudenza della Corte, ma anche entro una legislazione restrittiva che continuava a respingere le donne sul piano della sfera domestica: R.B. SIEGEL, *The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy*, in *Yale Law Journal*, 105, 8, 1996, 2117-2208 (spec. 2154-2174).

⁶⁷ Sul piano delle costrizioni non sociali, ma culturali, meno visibili e interiorizzate dalle stesse donne: T.E. HIGINS, *Democracy and Feminism*, in *Harvard Law Review*, 110, 8, 1997, 1657-1703.

⁶⁸ C.A. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory*, cit., 190-192.

5. Considerazioni minime su un'occasione mancata

La soglia che distingue la sfera pubblica da quella privata, anche e perché tradizionalmente coincidente con un'idea di famiglia, o di luogo domestico, è percorsa, nella storia politica e giuridica della modernità, da una prospettiva di genere⁶⁹. In quest'ottica, non si tratta di dimenticare o negare che la gravidanza sia esperienza del corpo, quanto piuttosto di affermare come questo, il corpo, sia sempre *segno* che sostiene e promuove *significati*⁷⁰.

È un profilo che le studiose e attiviste femministe mettevano in luce nel corso degli anni Settanta, lì dove *maternità* e *gestazione* erano pensate all'interno di un discorso sull'aborto che si focalizzava sulla scelta a essere madri, ovvero su qualcosa che si proiettava ben al di là del corpo gestante, e il divieto di aborto ne veniva rappresentato come un'indebita costrizione rispetto alla propria libertà di autodeterminazione sociale e pubblica: una forzatura, imposta alle donne *ad essere madri contro la loro volontà*⁷¹. Del tutto evidentemente, l'argomento della proprietà del corpo, pure sostenuto da una parte del femminismo, si è mostrato tutt'altro che idoneo a far luce su questo aspetto, che invece, come si è rappresentato in precedenza, era stato ben delineato nell'accento posto sulla questione che davvero l'aborto pone: quella della maternità e dell'uguale accesso alla cittadinanza.

Nella tradizione del pensiero americano, la riflessione del femminismo, toccando il più ampio tema della distinzione tra poteri pubblici e privati, non percorre di certo itinerari inesplorati⁷². Di essi, piuttosto, essa recepisce il principale punto di caduta, lì dove riflette sul carattere ideologico che sta implicito in una concezione dell'autonomia, la quale si esprimerebbe per definizione in atti necessariamente ricadenti in quadro di libera determinazione, tornando a concentrarsi sulla dinamica di tipo cogente che percorre la sfera del privato.

Di questo impianto, il femminismo, in fondo, si limita a trarre le conseguenze, lì dove considera come il pericolo maggiore che minaccia l'autonomia decisionale delle donne non venga dalla sfera pubblica, ma da quella privata.

Nelle diverse declinazioni che se ne sono date, è certamente in questa critica all'*ideologia delle due sfere* che si incardina la discussione che più generalmente ha messo a fuoco i limiti della dottrina *Roe*: piuttosto che ritrovare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella intangibilità delle scelte intime e personali, si sarebbe dovuto evidenziarne una sua più diretta derivazione dalla clausola d'uguaglianza. Ciò, dacché, proprio il caso dell'aborto, consente di comprendere fino a che punto

⁶⁹ T.E. HIGGINS, *By reason of their sex: Feminist Theory, Postmodernism, and Justice*, in *Cornell Law Review*, 80, 6, 1995, 1536-1594.

⁷⁰ Judith Butler ha scritto che il genere ha a che fare con una sorta di performance richieste dal costruito culturale in cui si sviluppa, con le relative sanzioni e *taboo*. In questo senso, il genere si esplica sul piano sociale, ma anche su quello dei diritti che si rivendicano nel suo nome. Riflettendo su Antigone, il genere rivela così sempre per Butler delle conseguenze in qualche modo *punitive*, poiché coloro i quali falliscono nel compiere ciò che rientra nelle pretese che originano da quella forma identitaria che si cristallizza in esso sono regolarmente esposti alla ritorsione della società: J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York, 2004, spec. 170 ss.

⁷¹ D.E.H. RUSSELL, N. VAN DE VEN (ed. by), *Crimes against Women: The Proceedings of the International Tribunal*, Palo Alto (CA), 1976.

⁷² L. FULLER, *American Legal Realism*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 82, 5, 1934, 429-462 (spec. 435-438).

possano e debbano spingersi le battaglie per il riconoscimento di diritti basati sull'uguaglianza nella loro viva portata⁷³.

Il contributo che il femminismo ha offerto dal perimetro esterno del pensiero liberale è stato sostanzialmente questo: la questione dell'aborto, se tenuta nella sola cornice di tutela offerta dalla privacy, manca di esser colta come un tema che ha a che fare con il *dominio* sulle donne e con la dinamica di *oppressione* che ricade sulle loro scelte.

Non si tratta di una questione che riguarda astrattamente come e quando bilanciare il rapporto tra l'autonomia delle scelte in materia riproduttiva ("il privato") e interesse dello stato a proteggere la vita ("pubblico"), ma di garantire uguaglianza di accesso, e dunque effettività, a quelle scelte. D'altra parte, è proprio nel radicamento entro la privacy del riconoscimento giuridico dell'aborto che si è ritrovato l'argomento principale a giustificazione dell'assenza di un obbligo statale a coprire attraverso il bilancio della spesa pubblica le spese sanitarie delle donne che decidano di praticare l'interruzione di gravidanza. Ed è questo, certamente, un punto che riguarda l'accesso alla cittadinanza e le condizioni del suo concreto esercizio, se è vero che scegliere o meno di essere madri è qualcosa che non si consuma nel rapporto identitario con il proprio corpo, ma che riguarda il proprio progetto esistenziale, e che dipende dai fattori di contesto, come quello economico, sociale, culturale.

È, per molti versi, il limite concettuale della tutela che la dottrina *Roe* riconosceva all'aborto, ancora radicata in una concezione formale della libertà (e dell'uguaglianza), che accettava in termini surrettizi il maschile come *norma*. La funzione che soprattutto la rivendicazione dell'uguaglianza formale – incardinata nella lotta per il riconoscimento dei diritti civili e politici – ha avuto, nel contrastare quelle forme di oppressione che riguardano l'esclusione delle donne dalla dinamica della vita pubblica è indubbia. E tuttavia, il caso dell'aborto ne rivela le aporie, ponendo in primo piano il tema delle differenze materiali, di cui il dato biologico è in qualche modo una delle forme, ed esigendo che siano concettualizzate, anche in ragione di ciò, le forme di soggettivazione che rendono effettivi i processi di accesso alla cittadinanza democratica.

Occorre certamente rilevare che, nonostante vi sia ampio consenso nel dibattito femminista sull'inadeguatezza tanto del concetto di privacy, tanto di quello dell'uguaglianza formale a garantire un'autentica strategia giuridicamente solida per consentire la liberazione delle donne, soprattutto gli approcci riformatori del femminismo non sempre hanno indicato adeguatamente in merito al superamento di queste criticità⁷⁴. Se proficuo è il discorso che il femminismo conduce sull'uguaglianza, più opaca è la prospettiva che si delinea nell'approccio critico rivolto al concetto della privacy, del quale non sono in fondo ben chiare le concezioni che si intende promuovere, una volta formulate le obiezioni del caso. È una questione che forse solo la Corte suprema, riformando *Roe*, avrebbe potuto affrontare.

Eppure, prima di *Dobbs*, era rimasto sostanzialmente immutato ciò che in *Casey* si consolidava nelle parole dei *Justices* O'Connor, Kennedy e Souter, in *Casey*: «al cuore della libertà vi è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di senso, di universo e del mistero della vita umana. Le credenze

⁷³ R. COLKER, *Feminist litigation: An Oxymoron? – A study of the Briefs Filed in William L. Webster v. Reproductive Health Services*, in *Harvard Women's Law Journal*, 13, 1990, 137-188.

⁷⁴ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question*, cit.

riguardanti questi temi non sono in grado di definire la personalità se sono formate sotto costrizione dello Stato»⁷⁵.

Special issue

⁷⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, cit., 851.



“¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer!”. La recente disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina ed il ruolo dei movimenti femministi

Carla Maria Reale*

“¡ABAJO EL PATRIARCADO, SE VA A CAER!”. THE RECENT REGULATION ON VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY IN ARGENTINA AND THE ROLE OF FEMINIST MOVEMENTS

ABSTRACT: The contribution aims at analysing the regulation of abortion in Argentina (Ley 27610/2021), tracing the path that led to the approval of the law. In particular, it will focus on the various steps that, from a jurisprudential and administrative point of view, have accompanied the country from the end of the military dictatorship to the present day. The paper will show the fundamental and transversal role that women's and feminist movements have played in Argentina within this trajectory, providing an opportunity to reflect on the relationship between law, rights and social components.

KEYWORDS: Abortion; Constitutional law and Feminist movements; Argentina; Sexual and reproductive health

ABSTRACT: Il contributo ha lo scopo di analizzare la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina (Ley 27610/2021), ricostruendo il tortuoso percorso che ha portato all'approvazione della legge. In particolare, ci si soffermerà sulle varie tappe che da un punto di vista giurisprudenziale e amministrativo, hanno accompagnato il Paese a partire dalla fine della dittatura militare, fino ai giorni nostri. Dall'intero elaborato emergerà il ruolo fondamentale e trasversale che i movimenti delle donne e femministi hanno svolto in Argentina all'interno di questo percorso, fornendo un'occasione di riflessione sui rapporti fra diritto, diritti e componenti sociali.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritto costituzionale e movimenti femministi; Argentina; salute sessuale e riproduttiva

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'attuale disciplina giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina: la Ley 27610/2021– 3. Il reato di aborto nel Codice Penale del 1921 e l'affermazione di una piena crimina-

* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Genova. Mail: carlamaria.reale@edu.unige.it. Il lavoro di Carla Maria Reale è stato supportato dal progetto Horizon 2020 GENDEREX (Agreement No. 952432). Le opinioni espresse dall'autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa e non quelle della Commissione europea. La Commissione europea non è responsabile degli usi che possono essere fatti delle informazioni contenute nell'articolo. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

lizzazione de facto – 4. Due binari paralleli: il ritorno all’articolo 86 del Codice Penale e le istanze per la depenalizzazione dell’aborto – 5. La sentenza F.A.L della Corte costituzionale Argentina – 6. L’interruzione legale di gravidanza: L’applicazione dei principi di F.A.L. tramite l’elaborazione del Protocollo del 2015 – 7. Riflessioni conclusive: il ruolo dei movimenti sociali nel lungo iter per l’effettività del diritto di aborto in Argentina.

1. Introduzione

Il dibattito attorno ai diritti riproduttivi, in particolare il diritto all’aborto, rappresenta nella prospettiva costituzionale un importante banco di prova del meccanismo del bilanciamento dei diritti e della garanzia dell’effettività degli stessi. Da un punto di vista politico e sociale il tema chiama in causa non solo l’etica e le posizioni filosofiche e morali delle singole persone, ma mobilita fortemente forze politiche e sociali, dando vita ad un dibattito ancora oggi molto vivace ma spesso estremamente polarizzato. Nell’epoca contemporanea assistiamo, con uno sguardo ampio agli ordinamenti giuridici globali, alla parabola di due spinte socio-giuridiche con traiettorie molto differenti. Da una parte in alcuni Paesi della c.d. *Western legal tradition*, che avevano visto l’affermarsi di questo diritto a cavallo fra gli anni ‘70-’80 tramite l’intervento delle Corti costituzionali o supreme e l’approvazione di leggi *ad hoc*, sono forti le spinte regressive, anche a causa dell’operato coeso di forze conservatrici e anti-choice¹. Dall’altra, gli ordinamenti dell’America latina, si affacciano invece oggi ad una nuova stagione di decriminalizzazione e maggiore liberalizzazione dell’aborto. Il caso dell’Argentina, di cui si tratterà, si pone infatti in dialogo rispetto alle evoluzioni costituzionali e il dibattito che stanno coinvolgendo, su questo e altri temi l’America Latina. Insieme alla Bolivia², alla Colombia³ e al Messico⁴ – tutti accomunati dall’iniziale esistenza di leggi particolarmente restrittive in

¹ Il riferimento chiaro è ad esempio alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Dobbs v. Jackson*, ampiamente trattata in questo stesso fascicolo, ma non solo. Ad esempio, tornando al contesto nazionale italiano, al momento della scrittura di questo articolo sono due le proposte di legge presentate da inizio legislatura (ottobre 2022) volte alla modifica del Codice civile per l’attribuzione di capacità giuridica al concepito, al chiaro fine di limitare l’applicazione della legge 194/1978. La prima, a firma di Gasparri (FI) “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito” presentata ad ottobre 2022, la seconda a firma di Menia (Fdi) “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano”.

² Si veda la sentenza Bolivia – Tribunal Constitucional Plurinacional – sent. 0206/2014 con cui la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale sugli articoli del codice penale colombiano che puniscono l’aborto. Nella sentenza si evidenzia come la scelta intorno all’aborto debba essere della donna poiché, in virtù del principio pluralista della Costituzione, non è possibile imporre una determinata visione della moralità o una concezione di bene o male. La Corte richiama la necessità di intervento del Parlamento, nel mentre dichiara incostituzionale l’articolo del Codice sulle cause di non punibilità dell’aborto nella parte in cui lo subordina ad autorizzazione giudiziale.

³ Ci si riferisce in particolare alla sentenza della Corte costituzionale colombiana C-055 del 21 febbraio 2022, con la quale la Corte ha depenalizzato l’aborto fino alla ventiquattresima settimana, inquadrando la questione all’interno del diritto alla salute e all’autodeterminazione. Si rinvia a: M. BARLETTA, *La scelta della Corte costituzionale colombiana di depenalizzare l’aborto entro la ventiquattresima settimana e la sua rilevanza rispetto ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in questa rivista, 2, 2022, 437-448.

⁴ Ancora in un significativo numero di Stati l’aborto in Messico è punito con pene severe. Nonostante questo, diverse sono state le sentenze della Corte Suprema al riguardo. Si veda la più recente relativa alla disciplina nello stato di Coahuila ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 148/2017 e prima ancora le sentenze 146/2007 and 147/2007.

materia di aborto – l'Argentina vede l'emergere di approcci costituzionalmente orientati alla questione. Si fa strada dunque l'idea che la protezione della vita non nata deve trovare necessario bilanciamento con la protezione della dignità, il diritto all'autodeterminazione e alla salute, il rispetto del principio di non discriminazione di chi richiede servizi abortivi⁵. In tutti questi paesi le Corti costituzionali stanno agendo con un ruolo contro-maggioritario⁶, al fine di aprire maggiori spazi di garanzia attorno all'aborto, grazie anche al ruolo giocato dal diritto internazionale. Il presente contributo, che mira a ricostruire la disciplina legislativa in materia vigente in Argentina, ma soprattutto le tappe che hanno portato all'approvazione della stessa, è attraversato dal desiderio di evidenziare il ruolo fondamentale del dialogo costante fra legislatore, Corti, autorità pubbliche e istanze sociali. In particolare, si procederà dapprima approfondendo i contenuti e le previsioni della Ley 27610/2021, per poi volgersi, con uno sguardo al passato, alle fasi che hanno caratterizzato l'attuazione del diritto di aborto in Argentina dagli anni '80 in poi. Si mostrerà come fino ai primi anni 2000, forze maggioritarie di carattere conservatore, erano riuscite a imporre un'interpretazione restrittiva delle norme che di fatto impediva l'applicazione delle cause di non punibilità dell'aborto previste all'art. 86 del Codice penale. Si tratterà di come, a partire dagli anni 2000, con la costituzionalizzazione del diritto internazionale e tramite la *strategic litigation* dei movimenti femministi, le Corti abbiano a più livelli sollecitato una piena attuazione e garanzia di accesso all'aborto non punibile nel territorio argentino. Questo fino a giungere all'importante pronuncia della Corte Suprema nel 2012, e all'elaborazione concettuale di un Protocollo Ministeriale sull'Interruzione legale di gravidanza con un sostanziale ampliamento delle cause di accesso alla stessa. La conquista del 30 dicembre 2020, con l'approvazione della legge, rappresenta dunque l'apice di un processo di depenalizzazione sociale⁷, già reso evidente dalle partecipatissime manifestazioni pubbliche in favore del diritto all'aborto c.d. *pañuelazos*⁸ del 2018, attuato dai movimenti femministi, in dialogo con diversi attori giuridici e istituzionali.

⁵ P. BARGALLO, A. R. MICHEL, *Constitutional developments in Latin American abortion law*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 135, 2016, 228–231

⁶ *Per una prospettiva più ampia sul ruolo delle Corti costituzionali nelle attuali democrazie si veda*: L. R. BARROSO, *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 67, 1, March 2019, 109-143

⁷ Come definita da S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Noviembre 2021-Abril 2022, 2.

⁸ Sono conosciuti come *pañuelazos* i grandi raduni convocati durante il dibattito al congresso nel 2018 della proposta di regolamentazione dell'aborto. Ci si riferisce infatti al *pañuelo*, una sorta di bandana, verde, simbolo della depenalizzazione dell'aborto, divenuti identificativi del movimento per l'aborto legale gratuito e sicuro. Queste sciarpe verdi sono state scelte anche per riecheggiare il velo bianco utilizzato dalle Madres de Plaza de Mayo alla fine della dittatura militare.

2. L'attuale disciplina giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina: la Ley 27610/2021

L'interruzione volontaria di gravidanza è ad oggi disciplinata in Argentina dalla legge 27610/2021 "Acceso a la interrupcion voluntaria de embarazo"⁹ approvata al Senato a dicembre del 2020, dopo vicende sociali giuridiche e giudiziarie molto complesse, di cui si darà conto nei paragrafi successivi.

La nuova legge disciplina l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza e le cure post-abortive, definendole questioni di salute e pubblica e di diritti umani, nel quadro di diversi trattati internazionali¹⁰, come la Dichiarazione universale dei Diritti Umani, la Convenzione Americana sui diritti umani, la CEDAW, Il Patto per i diritti economici sociali e culturali, la Convenzione Interamericana per Prevenire, Sanzionare ed Eradicare la violenza contro le donne ("Convencion de Belèm do Parà").

In maniera significativa, la legge si rivolge, già dal primo articolo, alle donne, ma anche alle persone che abbiano altre identità di genere ma capacità di gestare¹¹. Si stabilisce poi che tutte queste persone hanno il diritto a decidere se interrompere la gravidanza in conformità alle disposizioni dettate dalla legge, richiedere l'assistenza post-abortiva ai servizi pubblici a prescindere dal fatto che l'aborto sia stato eseguito in conformità o meno ai requisiti dettati dalla legge, prevenire gravidanze indesiderate tramite l'accesso all'informazione, all'educazione sessuale e a metodi contraccettivi efficaci.

La legge stabilisce e garantisce il diritto a scegliere di interrompere la gravidanza fino alla quattordicesima settimana (Interruzione volontaria di gravidanza). Fuori da questo arco temporale è possibile procedere solamente nel caso in cui la persona gestante abbia subito una violenza, da attestare tramite dichiarazione giurata della persona interessata davanti al personale sanitario, o nel caso di pericolo per la vita o la salute della persona (Interruzione legale di gravidanza).

Sulla base dell'art. 5 della legge, la procedura di interruzione volontaria di gravidanza deve essere garantita all'interno del sistema sanitario pubblico in maniera gratuita e integrale nel termine massimo di 10 giorni della richiesta. Sempre nel medesimo articolo il legislatore ha posto una serie di condizioni minime che devono essere garantite da parte del personale sanitario a chi effettua la richiesta: a) trattamento dignitoso che rispetti le convinzioni personali e morali della/del paziente; b) privacy in

⁹ Non pare che la legge abbia ricevuto molti commenti da parte della dottrina argentina, tuttavia si rimanda a questo scritto per un'analisi puntuale delle disposizioni: J. N. LAFFERRIERE, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610*, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021. Disponibile al seguente link: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11182/1/ley-aborto-comentada-ley-27610.pdf>.

¹⁰ Questi hanno infatti un valore superiore alla legge ordinaria in base all'articolo 75 co. 22 della Costituzione argentina, che è infatti richiamato alla presente legge art.3. Per approfondire la questione della "costituzionalizzazione" del diritto internazionale pubblico in Argentina si rimanda a: J. K. LEVIT, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 281, 1999, 281-355.

¹¹ Ci si riferisce in particolare a tutte quelle persone che, pur non identificandosi nel genere femminile, abbiano la capacità di portare a termine una gravidanza. Nello specifico uomini trans e/o persone non binarie. La questione è di particolare rilevanza in Argentina, Paese che per primo ha adottato in materia il principio di autodeterminazione di genere (Ley 26.743/2012) pertanto non vi è alcun particolare requisito per l'ottenimento del cambio di genere anagrafico, che si configura al contrario come una mera procedura amministrativa. Su questo aspetto ci si soffermerà successivamente. Per avere una panoramica del principio di autodeterminazione di genere in Argentina si rimanda a: F. J. MENIN, *La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, 627-641.

merito alla procedura nel rispetto dell'intimità, dignità e autonomia della persona richiedente con il relativo divieto di condividere informazioni con parenti o accompagnatori/accompagnatrici senza il consenso della diretta interessata (fatto salvo l'obbligo di denunciare violenze sessuali commesse a danno di persone minori di 13 anni); c) confidenzialità e rispetto del segreto medico durante e dopo il procedimento; d) rispetto della volontà autonoma della/del paziente e delle sue decisioni, senza giudizi di ordine personale, religioso, valoriale da parte del personale sanitario; e) accesso all'informazione aggiornata, comprensibile, veritiera e accessibile circa la pratica, i metodi correlati e le conseguenze, fermo l'ascolto attivo e rispettoso della/del paziente e delle sue necessità e preferenze; f) qualità dell'intervento medico, conforme allo standard dell'OMS in termini di competenza tecnica, accessibilità, opzioni disponibili e conoscenze scientifiche aggiornate. In maniera esplicita, in linea con quanto già detto, la legge stabilisce la necessità di acquisire per iscritto il consenso informato della persona richiedente prima della procedura. Tale attenzione alla persona che è paziente non termina con l'effettuazione dell'interruzione della gravidanza; al contrario, la legge si sofferma ulteriormente sui doveri di informazione in senso ampio anche nelle fasi successive, disponendo la necessità di prestare notizie sulle cure da adottare dopo il procedimento, ma anche in merito ai metodi contraccettivi disponibili.

Se la disciplina pone dunque al centro la persona richiedente e i suoi diritti, ciò non di meno dedica spazio al personale sanitario, prevedendo la possibilità che lo stesso presti, nei modi ed entro i limiti esplicitati dalla legge, obiezione di coscienza per l'intervento diretto all'interruzione di gravidanza¹². Il personale potrà prestare obiezione mantenendo tale scelta sia nell'ambito pubblico che in quello privato, indirizzando la persona richiedente in maniera tempestiva ad altro/a professionista, dovendo tuttavia rispettare il resto dei propri doveri professionali e obblighi giuridici. In questo senso, si rende esplicito che non è mai possibile negare assistenza sanitaria post-aborto e si dovrà procedere in ogni caso all'interruzione della gravidanza qualora la vita o la salute della persona sia in pericolo o richieda immediata e non prorogabile attenzione (art. 10). L'articolo 11 stabilisce inoltre che le strutture private o pubbliche che non abbiano personale medico disposto ad effettuare interruzione volontaria di gravidanza dovranno predisporre il rinvio ad una struttura con caratteristiche simili che effettui la pratica in conformità alla legge. La gestione ed i costi del rinvio a tale struttura sono a carico di quella remittente.

L'approccio legislativo, inoltre, contiene anche disposizioni a portata generale, come quelle che, rivolgendosi a tutta la popolazione, affermano la necessità di implementare la legge sull'educazione sessuale integrale (ley 26.150), aggiungendo in particolare la necessità di formare sulla prospettiva di genere e sulla diversità sessuale le e i docenti e le/i professioniste/i della salute come anche le funzionarie ed i funzionari pubblici per garantire una piena attuazione della legge sull'interruzione di gravidanza (art. 13).

¹² L'obiezione di coscienza, come di seguito delineata non è stata esente da critiche da parte di una certa dottrina argentina, che ne lamenta la portata eccessivamente restrittiva. Si veda: A. DE CECHINI, S. CALDERONE, *La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina*, in *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 12, 1 (enero-junio), 2022.

La legge procede infine alla modifica degli articoli del Codice penale interessati, al fine di conformarli alle nuove disposizioni, in particolare artt. 85, 86 e 87¹³.

Per proseguire nell'analisi si partirà proprio della disciplina penalistica vigente prima dell'introduzione della legge, al fine di comprendere come questa sia stata interpretata e attuata nel corso degli anni e come sia stata spesso oggetto del contendere davanti alle corti argentine, fino a giungere ad importanti approdi costituzionali ed amministrativi, nel quadro delle lotte sociali per la garanzia di un aborto sicuro e gratuito.

3. Il reato di aborto nel Codice Penale del 1921 e l'affermazione di una piena criminalizzazione de facto

Il Codice penale argentino del 1921 prevede all'interno del Titolo I sui delitti contro la persona, il Capitolo I, delitti contro la vita, con le fattispecie previste dagli articoli 85, 86, 87 e 88. Tali norme penali sono volte alla protezione della vita umana in formazione e del nascituro, stabilendo la pena della reclusione per chi provochi l'aborto sia in presenza che in assenza del consenso della donna (art. 85), ma anche per la donna stessa che presti il consenso all'interruzione della gravidanza o se ne auto-induca una (art. 87). Allo stesso tempo, l'art. 86, nel suo secondo comma, traccia il perimetro di alcune cause di non punibilità relative al delitto sopra menzionato, quando effettuato da personale medico su una donna consenziente: l'una derivante da un pericolo inevitabile per la vita o la salute della madre, l'altra invece nel caso di violenza o di attentato al pudore commesso nei confronti di una donna con disabilità psicosociale-intellettuale. L'interpretazione di tali cause di non punibilità e della loro formulazione letterale (in particolare della seconda menzionata) sarà, come vedremo, al centro di diversi dibattiti all'interno della società civile, degli ambulatori medici e delle aule giudiziarie a partire dagli anni 2000.

Nel 1987, con la fine della dittatura militare e l'avvio di una transizione democratica, l'Argentina avvia un periodo di vivacità politica e sociale, che riporta fortemente al centro della *polis* la questione di genere, influenzando l'agenda pubblica e istituzionale con tematiche quali il divorzio, la rappresentanza politica, la violenza domestica e la salute sessuale e riproduttiva. Proprio quest'ultima diviene un fulcro dei movimenti femministi e femminili argentini, che portano le proprie rivendicazioni attorno a tematiche quali la legalizzazione dell'aborto, l'accessibilità sicura e gratuita ai servizi di interruzione della gravidanza, la possibilità di decidere autonomamente sul proprio corpo¹⁴. Tali rivendicazioni saranno capaci di fare da collante fra l'ampio spettro dei femminismi e conseguire, nell'arco di un trentennio, innegabili avanzamenti a livello sociale, istituzionale e legislativo¹⁵. Questo anche perché, se il clima politico-istituzionale si è dimostrato ricettivo nei confronti di tutta una serie di istanze

¹³ Su questo punto si rimanda a: M. ROMERO, *The Shift From Criminalization to Legalization of Abortion in Argentina*, in *JAMA*, 1, 2022, 1699-1700.

¹⁴ Si veda: D. A. ARANGUE, M. A. JARA, *El Movimiento Por El Aborto Legal Y Gratuito En Argentina. Un Problema Social En Clave Histórica*, in *Revista Educação em Foco – Universidade Federal de Juiz de Fora*, 26, 2021.

¹⁵ D. BARRANCOS, *Los caminos del feminismo en la argentina: historia y derivas*, 2014, 13. Disponibile al seguente link: <https://www.apdh-argentina.org.ar/sites/default/files/u62/feminismos%20dora%20barrancos.pdf>.

connesse, approvando numerose riforme e nuove leggi¹⁶, la questione della legalizzazione dell'aborto e l'accesso alla pratica dell'interruzione volontaria di gravidanza, come noto, segue una parabola maggiormente complessa.

Già durante i primi anni Novanta giungono dinnanzi alle Corti i primi casi di donne impossibilitate ad accedere all'aborto non punibile previsto dal codice penale; contemporaneamente una serie di attori sociali iniziava a reclamare la necessità di proteggere la vita sin dal concepimento, richiamando a fondamento delle proprie l'art. 4.1 della Convenzione americana dei diritti umani¹⁷. Partire dagli anni '80, infatti, in luogo di implementare linee guida o interventi legislativi che potessero garantire l'accesso all'interruzione di gravidanza nei casi di non punibilità previsti dall'art. 86 del Codice Penale, una serie di attori iniziò a porre in essere diverse strategie al fine di limitare l'applicazione di questo stesso articolo. Le argomentazioni e l'influenza sociale di questi gruppi diedero vita ad una norma informale che per lungo tempo impedì l'attuazione della norma prevista al Codice penale, creando una criminalizzazione ampia in via fattuale di ogni forma di aborto¹⁸. Questo meccanismo è stato definito come esplicazione di una cittadinanza a "bassa intensità", in cui portatori di istanze non si confrontano con le istituzioni e le forze parlamentari e di governo e attuano strategie collaterali per perseguire i propri scopi. Il risultato di ciò, nel contesto argentino, fu il rafforzamento delle disegualianze a causa della perdurante l'ineffettività della legge e della sua applicazione discrezionale da parte di funzionari pubblici¹⁹.

Un tale meccanismo può essere spiegato alla luce dell'assenza di norme complete e attuabili in materia, unito ad un sistema che non ne sanziona la disapplicazione e alla presenza di attori sociali che perseguono i propri obiettivi non tramite la via istituzionale del cambiamento legislativo, reputato difficoltoso, ma tramite vie brevi²⁰. Ad esempio, l'art. 86 non chiariva quale tipo di pericolo fosse idoneo a integrare la non punibilità dell'aborto o ancora un punto molto incerto riguardava la seconda previsione di non punibilità, con il contrapporsi di un'interpretazione restrittiva che la contemplava solamente per donne con disabilità psichiche che avessero subito violenza e quella più ampia che invece sosteneva la necessaria applicazione in ogni caso di violenza. Tali dispute a livello giuridico resero ancora più incerto l'agire di professionisti/e della salute. Queste norme informali riuscirono a permeare in maniera significativa il tessuto sociale al punto da convincere, come emerso da alcune ricerche sull'opinione del personale sanitario argentino, una buona parte di mediche e medici che, a prescindere dall'art. 86 del Codice penale, l'aborto fosse del tutto proibito nel Paese²¹. Nel 1994, in

¹⁶ Fra questi cambiamenti possono ad esempio menzionare la legge sul divorzio nel 1987, quella sulle quote di genere 1901, il Programma di salute sessuale e riproduttiva del 2002, la legge per contrastare la violenza sulle donne del 1994, poi modificata nel 2009, la modifica del Codice Penale per includere il delitto di femminicidio come forma aggravata di omicidio nel 2012.

¹⁷ L'articolo riguarda il diritto alla vita.

¹⁸ P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentine*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014.

¹⁹ G. O'DONNELL, *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion*, in J. MENDEZ, P. PINHEIRO, G. O'DONNELL (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, 1999, 303-338.

²⁰ G. HELMKE, S. LEVITSKY, *Informal Institutions And Democracy: Lessons From Latin America*, Baltimore, 2006.

²¹ M. GOGNA ET AL, *Abortion In A Restrictive Legal Context: The Views Of Obstetrician-Gynaecologists In Buenos Aires, Argentina*, in *Reproductive Health Matters*, 10, 19, 128-137.

occasione della *Convención Constituyente*, vi fu il tentativo – da parte di alcuni gruppi conservatori all'interno delle forze governative di Menem – di approvare una clausola per proteggere la vita fin dal concepimento, clausola che tuttavia non giunse poi nei lavori per la nuova costituzione²². Nonostante questo fallimento, negli anni successivi l'interpretazione restrittiva dell'art. 86 Codice penale si consolidò e con questa l'impossibilità effettiva di ottenere la procedura di interruzione di gravidanza nei casi di non punibilità. In seguito alla riforma costituzionale, inoltre, che sancì il valore costituzionale del diritto internazionale, si iniziò a sostenere che l'articolo 86 del Codice Penale fosse incostituzionale sulla base della Convenzione interamericana dei diritti umani e della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo. Simili argomenti furono avanzati in casi giudiziari²³ volti ad affermare la punibilità di interruzioni di gravidanza in presenza di gravi malformazioni del feto²⁴, ma anche durante *strategic litigation* atte a limitare l'accesso alla contraccezione d'emergenza²⁵.

4. Due binari paralleli: il ritorno all'articolo 86 del Codice Penale e le istanze per la depenalizzazione dell'aborto

Intorno ai primi anni 2000 tuttavia, l'interpretazione prevalente della norma iniziò a mutare nuovamente, grazie al contributo dei movimenti sociali, al dibattito legislativo e giurisprudenziale a livello provinciale, nazionale ed internazionale e le azioni istituzionali.

All'attenzione dell'opinione pubblica arrivarono notizie circa il numero di vittime dell'aborto clandestino, stimate dagli anni '80 fino al 2018 attorno alle 3000 persone. In connessione a ciò, nel quadro della Legge Nazionale di salute sessuale e riproduttiva e del relativo Programma Nazionale creato nel 2004, il Consiglio Federale della Salute (COFESA), dichiarò pubblicamente la necessità di mobilitare il sistema sanitario nazionale al fine di abbassare il tasso di mortalità materna, un terzo del quale era dovuto proprio ad aborti clandestini²⁶. Nel 2005 il Ministero della Salute reclamò la competenza sull'interruzione volontaria di gravidanza al fine di avviare un programma che potesse gestire le complicanze post abortive.

Questi approdi istituzionali sono connessi a quanto già a partire dagli anni '80 il movimento femminista aveva iniziato a costruire, creando la propria strategia interna e pubblica in materia di aborto. Questa fu scandita da alcune importanti tappe, come la creazione nel 1988 della Commissione per il Diritto all'Aborto nella città di Buenos Aires e poi nel 1991 il Forum per i Diritti riproduttivi. Nel corso di questi anni, i movimenti portarono alla luce la tematica dell'aborto non come un fatto privato, ma alla stregua di un problema socialmente rilevante e controverso da ricondurre alla salute pubblica, ai

²² M. A. GUTIÉRREZ, *Mujeres Autoconvocadas Para Decidir En Libertad (Madel)*, in M. ABREGÚ, S. RAMOS (eds.), *La Sociedad Civil Frente A Las Nuevas Formas De Institucionalidad Democrática*, Buenos Aires, 2000, 83-106.

²³ Sul rapporto fra argomenti di stampo conservatore e giurisprudenza in Argentina si veda: M. E. MONTE, J. M. VAGGIONE, *Cortes irrumpidas. La judicialización conservadora del aborto en Argentina*, in *Rev. Rupturas*, 9, 1, Ene-Jun 2019, 107-125.

²⁴ Si veda: R. COOK AT. AL., *Prenatal Management Of Anencephaly*, in *International Journal Of Gynecology And Obstetrics*, 102, 2008, 304-308.

²⁵ Si veda: M. HEVIA, *The Legal Status Of Emergency Contraception In Latin America*, in *International Journal Of Gynecology And Obstetrics*, 2012, 87-90.

²⁶ Consejo Federal De Salud, *Compromiso para la reducción de la mortalidad materna en la Argentina*, 6 ottobre 2004.

diritti di cittadinanza, all'autonomia delle donne sul proprio corpo e soprattutto come diritto umano²⁷. Una tappa fondamentale fu la Campagna per l'Aborto legale, gratuito e sicuro (2005) che riuscì a creare un'alleanza trasversale a diversi attori sociali fra cui i collettivi studenteschi, i partiti politici, varie figure di intellettuali e di spicco pubblico, i giornali ed i quartieri più poveri nelle città. Tale mobilitazione ebbe l'effetto di canalizzare gli sforzi per la garanzia della previsione dell'art. 86 Codice penale, da una parte, ma anche per nuove iniziative che potessero puntare a più ambiziosi progetti di riforma. Per quanto riguarda il secondo punto, ad esempio, nel 2006 fu presentato al Congresso Nazionale un primo progetto di legge per depenalizzare e regolamentare l'aborto²⁸, che sebbene non venne mai discusso ebbe il merito di garantire visibilità nel dibattito pubblico al tema dell'interruzione di gravidanza e le conseguenze della sua criminalizzazione per molte donne.

La strategia che verteva invece sul superamento della criminalizzazione *de facto*, puntò su due distinti livelli, da una parte quello giurisdizionale, dall'altro quello rivolto a professioniste/i della salute con l'elaborazione di protocolli che, a livello provinciale, formalizzassero le procedure per l'applicazione dell'art. 86 del Codice penale.

Tra il 2005 e il 2012 giunsero infatti moltissime richieste al sistema sanitario pubblico da parte di donne per l'attuazione dell'aborto non punibile previsto dall'art. 86; le professioniste ed i professionisti della salute – in risposta a ciò – adirono le Corti locali al fine di praticare procedure che reputavano proibite o impossibili senza una previa autorizzazione giudiziale.

Nella ricca giurisprudenza presente in materia²⁹, possiamo individuare un primo gruppo di casi generati da istanze avanzate agli ospedali da parte di donne con malattie gravi ed un secondo gruppo di casi provenienti da rappresentanti di donne con disabilità psico-sociali intellettive che avevano subito violenza sessuale. Ad esempio, nel caso *C.P. de P.A.K.*³⁰ una donna con una malattia cardiaca cronica chiese di poter abortire presso una clinica nella città di Buenos Aires. Il personale medico adì pertanto il tribunale di prima istanza per ottenere l'autorizzazione: questa fu negata sia in primo che in secondo grado dalla Cámara de Apelaciones provincial. Solo quando il caso giunse alla *Corte Suprema de la Provincia di Buenos Aires*, la donna ebbe la possibilità di interrompere la gravidanza: in quell'occasione la Corte affermò come, nei casi coperti dall'art. 86 Codice penale, non fosse necessario adire l'autorità giudiziaria³¹.

²⁷ J. BURTON, *De la Comisión al Socorro: trazos de militancia feminista por el derecho al aborto en Argentina*, in *Revista: Descentrada*, 2017.

²⁸ Testo disponibile: <http://www.abortolegal.com.ar/wp-content/uploads/2011/08/Fundamentos-y-Proyecto-Ley-IVE.pdf>.

²⁹ Si veda il rapporto di READAAS: C. GEBRUARS, N. GHERARDI, *El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L."*, 2, 2015. Disponibile online al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/3836>.

³⁰ Suprema Corte De La Provincia De Buenos Aires, Argentina. C.P. D. P., A.K. S/Autorización, Lba. 27 De Junio De 2005.

³¹ M. AVALLO, *La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina*, in *Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial*, 1 de junio de 2011. Si vedano ulteriori casi simili, ad esempio: TSJBA, Causa 715/00 "T., S. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA); Causa Ac. 95.464, "C. P. d. P., A. K. Autorización", sentencia del TSJ Pcia. de Buenos Aires, 27 de junio de 2005; Causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer, Protección. Denuncia'", sentencia del 31 de julio de 2006, TSJ Pcia. de Buenos Aires; Causa. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1a, "C., S. M. y otros. v. sin demandado p/ac. de amparo s/per saltum", sen-

Un caso differente è invece quello che vedeva protagonista Ana Maria Acevedo, già madre di tre figli, malata di tumore allo stadio terminale e alla quale fu negato accesso alle procedure abortive, all'uso di analgesici e la prosecuzione della chemioterapia per potenziali al feto. La morte della donna diede avvio ad un caso giudiziario nel quale i medici e il direttore dell'ospedale furono chiamati a rispondere penalmente per il mancato aborto della signora³².

Un caso successivo che accese similmente l'opinione pubblica fu quello verificatosi nel medesimo territorio in cui la richiesta di interruzione di gravidanza proveniva da una minore con disabilità intellettiva vittima di violenza, rappresentata in giudizio dalla madre. Anche qui fu solo la Corte Suprema della Provincia di Buenos Aires dopo lungo tempo a riconoscere il diritto all'ottenimento dell'interruzione di gravidanza, ma nonostante ciò la famiglia ebbe notevoli difficoltà ad attuare l'ordine giudiziale che disponeva la procedura³³. Il caso giunse anche innanzi alle Corti internazionali: nel 2011, con il caso *L.M.R c. Argentina*³⁴, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite condannò il Paese per la violazione degli artt. 7 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), 17 (diritto alla vita privata e familiare) e 2.3 (diritto ad un rimedio effettivo) oltre all'art. 3 (divieto di discriminazioni fra uomini e donne) del Patto internazionale per i Diritti civili e politici. La giovane donna fu infatti costretta a ricorrere ad un aborto clandestino data l'impossibilità di vedersi garantita la procedura da due ospedali pubblici, pur in seguito ad una sentenza della Corte Suprema della Provincia di Buenos Aires. Il Comitato delle Nazioni Unite ha inquadrato il mancato accesso alle procedure sicure di aborto nel giusto tempo fosse un trattamento inumano e degradante nei confronti di LMR, in particolare considerata la sofferenza psicologica causata nella giovane donna. Secondo il Comitato, inoltre, l'Argentina è responsabile anche per la violazione dell'art. 2.3 del Patto perché assente un meccanismo atto a garantire tempestivamente l'effettivo accesso all'interruzione della gravidanza, tanto che la ricorrente era dovuta comparire davanti a tre distinti tribunali/corti prolungando l'attesa di diverse settimane, al punto da dover poi ricorrere a procedure illegali.

Come menzionato, l'altro punto importante fu l'elaborazione, indubbiamente trainata anche dai sopracitati casi, di norme procedimentali, nello specifico protocolli, per l'attuazione dell'art. 86 del Codice Penale da parte di Ministeri per la salute a livello provinciale. In un primo momento si trattò di protocolli essenziali scarsamente applicati, per poi approdare a documenti più complessi in cui l'interruzione di gravidanza veniva inquadrata all'interno di un discorso sui diritti umani e si garantiva una maggiore attuazione delle regole procedimentali all'interno del sistema sanitario nazionale.

Nel 2007 l'Istituto nazionale contro la Xenofobia ed il Razzismo (INADI), inquadrato il tema dell'accesso all'aborto come una questione di non-discriminazione, pubblicò delle raccomandazioni in materia, accompagnate da un primo modello di protocollo per l'aborto non punibile³⁵. Nel mede-

tencia del 22 de agosto de 2006; Causa 5236. Supremo Tribunal de Entre Ríos "Defensora de P.Y.M No (en repr. de persona por nacer) s/ medida cautelar de protección de persona", sentencia del 20 de septiembre de 2007.

³² Tribunal de Santa fe, sentencia n. 2165/07, 2008.

³³ SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. ARGENTINA. Causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'". 31 de julio de 2006.

³⁴ United Nations Human Rights Committee. *LMR v. Argentina*. Communication UNDoc. CCPR/C/101/D/1608/2007; April 28, 2011.

³⁵ Instituto Nacional Contra La Discriminación Y La Xenofobia, *Recomendación General No 2. Atención Sanitaria de Abortos Legales y Tratamiento Post-aborto*, Buenos Aires, 23 maggio 2007.

simo anno alcune Province e città approvarono delle guide per l'aborto non punibile, facendo chiarezza sull'illegittimità di requisiti come l'autorizzazione giudiziale previa ma prevedendo anche indicazioni positive per il personale medico, ad esempio con riguardo al consenso informato ed il coinvolgimento di persone minori o con disabilità intellettiva³⁶. Nel medesimo anno, all'interno del quadro Programma Nazionale di Salute sessuale e Procreazione Responsabile (PNSSPR), il Ministero della Salute elaborò un protocollo nazionale per l'attuazione degli standard dell'OMS sull'aborto, con il documento *Guida per l'Attuazione integrale dell'aborto non punibile*, che aveva tuttavia una mera valenza informativa per ospedali e giudici. In questo documento, non vincolante, l'intervento di Comitati etici e autorità sanitarie nelle procedure abortive insieme l'autorizzazione giudiziale venivano qualificate esplicitamente – in linea con la giurisprudenza sopra menzionata – come barriere amministrative ostative al conseguimento del diritto previsto all'art. 86 del Codice penale, supportato dalla Costituzione argentina³⁷. Inoltre, si affermava la necessità di abbracciare una lettura dell'art. 86 tale da comprendere come causa di non punibilità la violenza sessuale in ogni caso, non solo nel caso in cui coinvolgesse donne con disabilità³⁸.

Nonostante questa importante presa di posizione su base federale, i protocolli attuativi non ebbero una grande diffusione a livello provinciale³⁹ e l'accesso effettivo all'aborto continuò a rivelarsi difficile e l'uso di richiedere autorizzazione giudiziale persistente. Il risultato fu un'ulteriore frammentazione del diritto di accesso all'aborto nei casi non punibili ex lege, con l'aggravarsi di sostanziali discriminazioni su base territoriale.

5. La sentenza F.A.L della Corte costituzionale Argentina

In questo panorama altamente frammentario, dirimente è stato l'intervento della *Corte Suprema de Justicia*, che nella sentenza *F.A.L* si pronunciò sull'articolo 86 del Codice Penale⁴⁰ chiarendone la portata applicativa e tracciando alcuni obblighi positivi dello Stato nei casi di aborto non punibile.

Il caso vide protagonista una giovane donna di 15 anni, rimasta incinta dopo una violenza sessuale nella provincia di Chubut; la madre in quanto rappresentante legale e la ragazza dovettero affrontare diversi dinieghi, il primo da parte del personale medico, poi dal giudice penale dichiaratosi incompetente, poi dalla Corte competente che rigettava il *petitum*, sia in prima che in seconda istanza. Le Corti di merito rigettarono infatti la richiesta di autorizzazione nonostante la gravidanza fosse frutto di una violenza e cospicua documentazione medica documentasse sintomi depressivi e idee suicide

³⁶ Si tratta, ad esempio delle città di Buenos Aires e Rosario accanto alle province di Buenos Aires e Neuquén. Si veda: S. RAMOS et al., *El aborto no punible: Una cuestión de derechos humanos*, CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. Informe Anual 2008, Buenos Aires, 2009.

³⁷ *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2007, 9. Il testo è disponibile al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4073>.

³⁸ *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2007, 15. Il testo è disponibile al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4073>.

³⁹ La questione è ben articolata e argomentata in: P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentina*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014.

⁴⁰ Corte Suprema De Justicia De La Nación. Argentina. F., A.L., *Medida Autosatisfactiva*, Expediente Letra "F", No 259, Libro XLVI. 13 de marzo de 2012.

nella ragazza, pertanto la presenza di rischi importanti per la salute psicofisica e la vita della stessa. Fu poi il Superiore Tribunal de Justicia della Provincia di Chubut a dichiarare che il caso rientrava nella fattispecie di aborto non punibile *ex art. 86* Codice Penale, nuovamente ribadendo che l'autorizzazione giudiziaria non fosse necessaria in questi casi. Due mesi dopo la prima richiesta dunque, la ragazza riuscì ad accedere alla prestazione richiesta. L'Asesor General Subrogante della Provincia presentò tuttavia un ricorso federale in rappresentanza del nascituro. La Corte Suprema inquadrò il caso alla stregua di un problema di interpretazione di norme di diritto federale (diritto internazionale dei diritti umani), che avevano portato il Tribunale di Chubut a dare una interpretazione ampia delle cause di non punibilità previste dell'art. 86 del Codice Penale. Attraverso degli argomenti di ordine costituzionale la Corte supportava l'interpretazione fatta dal Tribunale di Chubut, chiarendo ulteriormente la portata applicativa dell'art. 86 e dettando alcuni obblighi positivi e negativi per lo stato e le autorità provinciali e municipali in materia. In particolare, in questa sentenza la Corte affermò due importanti punti:

a) Lo stato, le province e le municipalità hanno l'obbligo di praticare l'aborto richiesto da una donna che ha subito violenza sessuale, senza alcuna previa autorizzazione giudiziale e senza richiedere la denuncia dell'accaduto. Deve reputarsi sufficiente la dichiarazione della persona interessata al medico;

b) Lo stato, le province e le municipalità devono garantire l'accesso alla pratica di interruzioni e condizioni mediche e igieniche necessarie perché si fatta in maniera rapida accessibile e sicura.

Nel giungere a queste due conclusioni la Corte traccia un iter argomentativo di matrice costituzionale, i cui punti reputati salienti verranno riportati di seguito.

A supporto dell'interpretazione ampia dell'art. 86 del Codice Penale, la Corte menzionava le disposizioni costituzionali sull'autodeterminazione (art. 19) e sull'eguaglianza (art. 16). In particolare, su questo punto sottolineava come consentire l'aborto in seguito a violenze sessuali solo per donne con disabilità intellettive avrebbe costituito una discriminazione irragionevole, poiché in entrambi casi le interessate si trovano in stato di gravidanza senza aver prestato il proprio consenso e avendo subito una forma di violenza di genere. Se il dettato strettamente costituzionale non può essere usato al fine di supportare una interpretazione restrittiva dell'art. 86, tantomeno può essere fatto un simile uso del diritto internazionale dei diritti umani. In virtù del principio di inviolabilità della persona e del principio della dignità non è possibile costringere una donna che ha subito una violazione dei diritti fondamentali a portare a termine una gravidanza: questo sarebbe infatti un onere sproporzionato⁴¹. Di fronte alle varie interpretazioni possibili della legge in questione, l'art. 86 del Codice penale, era necessario infatti – secondo la Corte – privilegiare quella che offre maggiori tutele alla persona dinanzi al potere Statale e alla sua ingerenza. Inoltre, un'interpretazione restrittiva di tale articolo, avrebbe ampliato in maniera sostanziale lo spettro delle condotte punibili, andando contro al principio di legalità e al principio di ultima ratio del diritto penale.

⁴¹ È stato osservato come questo argomento dell'onere sproporzionato possa essere utilizzato per interpretare l'intero articolo 86 del Codice penale, ma più in generale per supportare la decriminalizzazione dell'aborto. Ogni persona che non desideri portare a termine la gravidanza infatti, vede il proprio diritto all'invulnerabilità e all'autodeterminazione fortemente compromesso. Si veda: L. CLÈERICO, L. RONCONI, *Impacto Del Bloque De Constitucionalidad En La Interpretación Del Derecho Común. La Interpretación Amplia De Los Abortos Permitidos En Argentina*, in *Estudios Constitucionales*, 10, 2, 2012, 193-230.

La Corte richiamava poi esplicitamente molti documenti internazionali come la CEDAW, la Convenzione Interamericana Belém do Pará, ma anche la condanna ricevuta in sede internazionale sopra menzionata, al fine di tracciare degli obblighi per lo Stato, con il fine ultimo di garantire il diritto alla salute sessuale e riproduttiva delle donne e discutere delle barriere amministrative che illegittimamente erano state poste all'interno del territorio argentino. Queste infatti dovevano essere rimosse insieme alle proibizioni implicite, che costituivano una minaccia per la salute delle donne.

In particolare, la Corte ribadiva la natura *contra legem* della richiesta di autorizzazione giudiziale da parte del personale medico, qualificata come una pratica non necessaria e indebita. Allo stesso modo veniva considerata la richiesta di denuncia di violenza sessuale: l'aborto deve essere praticato in seguito ad una dichiarazione giurata prestata davanti al medico/alla medica della persona interessata o del suo rappresentante legale nel caso di minori. Sebbene la Corte riconobbe che in piccola parte questa pratica potesse aprire ad un potenziale abuso dell'aborto non punibile per via di false dichiarazioni, questo pericolo non fu considerato sufficiente per porre in essere un'ulteriore violazione dei diritti di donne che hanno subito violenza e richiedere loro una forma di prova dell'abuso subito. Ulteriori requisiti indebiti e *contra legem* furono considerati tutti quelli che, all'interno delle strutture ospedaliere, erano legati alla valutazione di questioni etiche o morali (es: valutazioni di Comitati etici). Queste erano da qualificarsi alla stregua di trattamenti crudeli e disumani poiché violano l'autonomia e la dignità delle donne. Tutte queste barriere ritardavano e rendevano meno accessibili le procedure, con sostanziale aggravio della posizione soprattutto di tutte quelle donne che vivono situazioni di maggiore povertà o vulnerabilità e hanno più difficilmente accesso alla giustizia.

Nella sentenza la Corte trattava anche il tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario: sebbene questa fosse da considerarsi legittima, il suo esercizio non poteva tradursi nella negazione fattuale del diritto ad accedere all'aborto e doveva essere garantito lo svolgimento effettivo della procedura. Il diritto all'obiezione di coscienza cede infatti dinnanzi al diritto di realizzare un aborto conforme a quanto disposto dalla sentenza medesima. Da ultimo, sebbene l'art. 86 del Codice penale fosse da considerarsi una norma operativa, la Corte sottolineava come Protocolli e regolamenti per l'accesso al servizio potessero aiutare a garantire l'esercizio del diritto, dettando informazioni chiare e univoche in favore di personale medico-sanitario. In questo senso, si esortava il Governo all'approvazione di simili documenti, ma anche all'organizzazione di campagne di informazione pubblica sull'interruzione di gravidanza non punibile. Sebbene il caso F.A.L. traeva origine da una vicenda riguardante l'aborto nei casi di violenza sessuale, è stato affermato tuttavia che le argomentazioni della Corte per come sviluppate, fossero da applicare a tutti i casi contemplati dall'art. 86, ponendo dunque alcuni standard da rispettare in maniera trasversale⁴². Effettivamente il caso ebbe una forte risonanza, diede vita a profondi mutamenti a livello sociale e istituzionale e determinò significative innovazioni nelle prassi medico-sanitarie.

⁴² L. CLÈERICO, L. RONCONI, *Impacto Del Bloque De Constitucionalidad En La Interpretación Del Derecho Común. La Interpretación Amplia De Los Abortos Permitidos En Argentina*, in *Estudios Constitucionales*, 10, 2, 2012, 193-230.

6. L'applicazione dei principi di F.A.L. ed il "Protocollo per l'attenzione integrale della persona con diritto ad interrompere la gravidanza"

In seguito a questa sentenza della Corte e al monito per legislatore e Governo, nel 2015 il Ministero della Salute pubblicò il documento "Protocollo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)". Sebbene questo fosse presentato come un aggiornamento della guida tecnica precedentemente menzionata, in verità era qualcosa di più di un mero rendere le informazioni mediche, bioetiche e giuridiche in linea con gli ultimi approdi in materia. Si trattava infatti di un'operazione volta a legittimare e rafforzare l'esigibilità dell'aborto non punibile e risignificarlo all'interno dell'ordinamento, ma soprattutto nella pratica medica. In questo protocollo infatti non si parlava più meramente di cause di non punibilità dell'aborto, ma di interruzione legale di gravidanza: questo implicava che in talune circostanze non solo l'aborto non fosse un delitto, ma anche che questo dovesse essere garantito dallo Stato. Il protocollo infatti legò l'attuazione dell'interruzione legale di gravidanza a tutta una serie di diritti fondamentali, fra cui il diritto all'autodeterminazione, alla privacy, alla salute, alla vita, all'informazione. Il protocollo chiarì poi la portata applicativa del diritto all'interruzione legale di gravidanza contemplata all'art. 86 del Codice penale. In maniera interessante, abbracciava un concetto di salute olistico comprendendo anche la salute psichica e sociale, in linea con quanto affermato dall'OMS. Questo determinò inoltre che per integrare il concetto di pericolo per la salute menzionato nel Codice penale non doveva necessariamente configurarsi un danno concreto, ma bastava la mera possibilità che questo si verificasse. In questo senso il Protocollo reputava che la decisione della donna/persona gestante sul potenziale pericolo correlato alla prosecuzione di gravidanza fosse un fattore determinante per accedere all'interruzione legale della stessa⁴³. La combinazione del concetto olistico di salute, tale da ricomprendere anche fattori sociali, e della nozione di danno sopramenzionata, fornirono uno strumento concreto al personale sanitario per allargare le maglie dell'accesso alla procedura, rendendo questi "guardiani sanitari del diritto di aborto"⁴⁴. Per quanto riguarda invece la seconda causa di interruzione legale di gravidanza, la violenza sessuale, il protocollo riprendeva quanto affermato dalla Corte suprema nella sentenza F.A.L., sottolineando la matrice di genere di simili violenze che possono avvenire anche all'interno della coppia. Si ribadì infatti l'illegittimità di ogni richiesta che andasse oltre la dichiarazione giurata della persona coinvolta: questa sarebbe stata infatti un'illegittima negazione dell'accesso all'aborto⁴⁵.

Il protocollo ebbe indubbiamente il ruolo, come menzionato prima, di dare impulso ad un mutamento delle strutture sanitarie e del ruolo del personale sanitario nell'attuazione dell'interruzione legale di gravidanza, lasciando tuttavia interamente in mano a questi la possibilità di definire cosa potesse

⁴³ Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)*, 2015, 15. La versione del 2015 (è stato poi infatti emendato nel 2019) è disponibile al seguente link: http://www.legisalud.gov.ar/pdf/protocolo_web_2015.pdf.

⁴⁴ A. RAMÓN MICHEL, M. CAVALLO, *El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos*, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (EDS.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018, 41.

⁴⁵ Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)*, 2015, 18.

rientrare all'interno della legge e cosa no. In assenza infatti di una legge, il rischio di discrezionalità rimaneva forte e la garanzia della pratica abortiva lasciata alla buona volontà del personale sanitario. Questo è mostrato ad esempio dal fatto che l'attuazione di questi protocolli fosse stata discontinua su base territoriale e non solo⁴⁶, similmente a quanto accaduto con le precedenti guide. I movimenti femministi segnalavano, ad esempio, la scarsa diffusione e pubblicità del Protocollo da parte del Ministero della Salute, spendendosi in prima linea per divulgarlo e implementarlo⁴⁷. In alcuni casi, inoltre, l'implementazione del Protocollo poté godere di un maggiore appoggio istituzionale, come per esempio nella Città Autonoma di Buenos Aires, dove l'attuazione dello stesso venne inserita all'interno del programma distrettuale di Salute sessuale e riproduttiva⁴⁸. Oltre alla discrezionalità del personale sanitario e delle disparità su base territoriale, il persistente stigma sociale nelle sue varie forme non sempre consentiva anche a chi avrebbe avuto diritto ad una interruzione legale di gravidanza di farne richiesta⁴⁹.

La necessità di una legge che potesse superare queste criticità rimaneva dunque attuale. Nel 2018 la proposta di legge – rinnovata rispetto alla precedente del 2006⁵⁰ – avanzata dalla Campagna nazionale per il diritto all'aborto legale, sicuro e gratuito riuscì a raggiungere, proprio per la forte pressione della "marea verde"⁵¹ il dibattito Parlamentare, ove tuttavia fu respinta dal Senato. Nel 2021 si riuscì infine ad approvare il progetto di legge descritto nel secondo paragrafo, dal contenuto pressoché analogo a quello del 2018, presentato dal Governo peronista di centro-sinistra, che nel corso della campagna elettorale si era impegnato in tal senso con il proprio elettorato.

7. Riflessioni conclusive sul ruolo dei movimenti sociali nel lungo iter per l'effettività del diritto di aborto in Argentina

L'approvazione della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza può essere vista come un significativo approdo all'interno di un processo graduale, scandito dalle tappe descritte e commentate nei

⁴⁶ P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentine*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014. P. BERGALLO, *Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales*, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (eds.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018.

⁴⁷ Casa FUSA e la rete di professioniste/i *Red de Profesionales por el Derecho a Decidir* ebbero infatti un ruolo chiave per la diffusione e implementazione del protocollo da parte del personale medico. Ad esempio, le prime 1500 copie del Protocollo furono inizialmente stampate da FUSA, che aveva preso parte all'elaborazione del documento. S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Novembre 2021-Abril 2022.

⁴⁸ S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Novembre 2021-Abril 2022.

⁴⁹ J. BURTON, G. PERALTA, *Redes en torno al aborto clandestino: vínculos de socorristas y sistema de salud en Neuquén, Argentina*, in *Clivajes Revista de Ciencias Sociales*, 6, 2016, 158-181.

⁵⁰ Con la menzione di donne e di altre identità gestanti e l'estensione dell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza fino alla quattordicesima settimana.

⁵¹ Come si accennava in apertura, ci si riferisce alle manifestazioni organizzate dalla Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito durante la discussione del progetto di legge nel 2018 in cui venivano levati in aria le bandane verdi per mostrare l'appoggio alla causa.

precedenti paragrafi, di risignificazione dell'aborto come un diritto all'interno di un contesto giuridico e sociale restrittivo e conservatore. All'interno di questo processo, come accennato in apertura, un ruolo fondamentale e trasversale a diversi livelli e in diversi ambiti è stato rivestito dai movimenti delle donne e dai movimenti femministi⁵². Questi sono riusciti infatti ad ottenere visibilità sia nello spazio pubblico tramite manifestazioni, proteste e assemblee con associazioni e collettivi, ma anche all'interno delle istituzioni per influenzare le norme giuridiche e la loro applicazione, le pratiche burocratiche in ambito medico e da ultimo il circuito della decisione politica. In questi tre ambiti infatti i mutamenti si sono intrecciati in modo sinergico, determinando un'interpretazione maggiormente estensiva delle cause di aborto non punibile, attraverso le pronunce degli organi giudiziari, ma anche attraverso l'elaborazione di protocolli medici sempre più garantisti nei confronti della posizione delle donne e persone gestanti, che hanno poi spinto in direzione di un più profondo cambiamento nel quadro giuridico, sollecitando l'azione del potere esecutivo⁵³.

La strategia dei femminismi è stata dunque articolata su più livelli, istituzionale e non: dalle innumerevoli manifestazioni e dimostrazioni nelle piazze, alla raccolta firme per la presentazione di leggi nel Congresso, dalla *strategic litigation* fino all'elaborazione di politiche pubbliche per l'attuazione dell'aborto non punibile, passando per la diffusione di informazioni sui servizi a tutte le persone che necessitavano procedere all'aborto⁵⁴. La *Campagna Nazionale per l'aborto legale, sicuro e gratuito*, che ha agito sul livello nazionale, ha avuto per esempio un ruolo di peso, da una parte nel muovere l'opinione pubblica, dall'altra anche nel processo di mutamento profondo del quadro giuridico: ogni anno le associazioni ed i collettivi che ne facevano parte si incontravano per discutere lo stato dell'arte sulla riforma dell'aborto e proponevano revisioni e modifiche alla proposta di legge. Un attore importante è stato ad esempio il *Centro de Estudios de Estado y Sociedad*, in particolare la divisione per la salute economia e società che ha concretamente contribuito alla stesura dei più volte menzionati Protocolli, alla formazione delle e dei giudici sulla protezione dei diritti delle donne e ad una rete di avvocate attive sul tema dei diritti riproduttivi⁵⁵.

Questa strategia, che pone maggiormente l'accento sugli aspetti tecnici e professionali, appoggiandosi alla collaborazione di *femocrats* e *insider activist* all'interno delle istituzioni⁵⁶, creando agganci con le agenzie governative, i tribunali e gli ospedali, è stata implementata sia a livello nazionale che provinciale, sulla base – come già evidenziato – della disponibilità delle autorità di governo locale.

Per quanto riguarda invece le azioni più dirette a garantire degli aborti sicuri a chi ne avesse bisogno, a prescindere dal quadro giuridico, di fondamentale importanza è stato da una parte il lavoro di in-

⁵² Si veda: M TARDUCCI, *Escenas claves de la lucha por el derecho al aborto en Argentina*, in *Salud Colectiva*, 14, 3, 2018, 425-432.

⁵³ S. S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Noviembre 2021- Abril 2022. No 26.

⁵⁴ Una parte di questa strategia, soprattutto negli ultimi anni passa dall'online, si veda: M. ACOSTA, *Ciberactivismo feminista. La lucha de las mujeres por la despenalización del aborto en Argentina*, in *Sphera Publica. Revista de Ciencias Sociales y Comunicación*, 18, 2, 2018, 2-20.

⁵⁵ Si veda: A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁶ J. McREYNOLDS-PÉREZ, *Abortion as empowerment: reproductive rights activism in a legally restricted context*, in *BMC pregnancy and childbirth*, 17, 2, 2017, 350.

formazione tramite hotlines e siti web che diffondevano notizie sull'aborto farmacologico⁵⁷, dall'altra la presenza di gruppi come *Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir* che offrivano aborto farmacologico e non solo in cliniche private o pubbliche in forma gratuita⁵⁸.

Ciò che è interessante constatare, dalla prospettiva di chi scrive, è come i femminismi abbiano fatto dell'uso del linguaggio dei diritti una parte fondamentale della propria strategia, impegnandosi attivamente nella *strategic litigation* fino ad avere, poi, a detta di studiose argentine, assunto un ruolo jusgenerativo, contribuendo all'interpretazione e alla concettualizzazione del diritto di aborto all'interno dell'ordinamento argentino⁵⁹. Nelle proprie rivendicazioni, infatti, i movimenti fanno riferimento all'aborto come a un diritto, ancorandolo fortemente alla Costituzione e al diritto internazionale, parlando di eguaglianza, non discriminazione, autodeterminazione e diritto alla salute. Il superamento dell'interpretazione restrittiva che aveva de facto criminalizzato l'aborto e la piena attuazione delle cause di non punibilità previste all'art. 86 del Codice penale passa attraverso il processo di giuridicizzazione di queste istanze⁶⁰. Lo scenario giurisdizionale è divenuto qui arena di negoziazione politica, particolarmente efficace nel caso dell'aborto da una parte per via della costituzionalizzazione del diritto internazionale dall'altra per la creazione di una "struttura di sostegno della mobilitazione legale"⁶¹ capace di mettere in rete avvocate/i, varie figure professionali, mobilitare persone all'interno delle istituzioni e garantire i fondi per procedere con la *strategic litigation*. Parte di questo medesimo processo è invece quello che è stato definito come una "procedimentalizzazione" degli standard tecnici medici, che hanno contribuito, come argomentato in precedenza, ad attuare pienamente e allargare le maglie delle cause di non punibilità previste dalla legge⁶².

Con riguardo invece al processo jusgenerativo, un esempio potrebbe essere quello legato al passaggio, descritto nei paragrafi precedenti, che ha visto le cause di non punibilità dell'aborto dell'art. 86 cp diventare – nel Protocollo approvato nel 2015 – motivi legittimi/requisiti per l'Interruzione di gravidanza.

⁵⁷ Si trattava di dare informazioni e supportare chi volesse accedere in autonomia all'aborto farmacologico, senza rivolgersi alle strutture ospedaliere, dando informazioni su come eseguirlo in maniera sicura. L'iniziativa era inizialmente stata portata avanti a partire dal 2009 dal gruppo *Lesbianas y Feministas por el Derecho al Aborto*. Successivamente da altri gruppi come *Socorro Rosa* (Pink Rescue) ed anche movimenti o partiti politici come *Movimiento Evita* e *Nuevo Encuentro*. A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁸ A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁹ A. RUIBAL, *Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina*, in *Política y gobierno*, 22, 1, 175-198, 180.

⁶⁰ Si tratta di un fenomeno molto noto in cui le corti ed il potere giudiziario intervengono nella ridefinizione di politiche pubbliche. Si assiste infatti in contemporanea all'aumento dei ricorsi alle autorità giudicanti al fine ultimo di risolvere questioni di ordine sociale e politico. Per un focus sull'Argentina: C. MULOVITZ, *La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina*, in *Desarrollo Económico*, 48(190/191), 2008, pp. 287-305.

⁶¹ C. EPP, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, 2013.

⁶² P. BERGALLO, Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (eds.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018.

Un aspetto cruciale inoltre, nel raggiungimento dell'obiettivo è stata la forte coesione dei femminismi nell'elaborazione e nell'attuazione, già a partire dagli anni '80, di una strategia sul breve ma anche sul lungo periodo che potesse valorizzare ogni anima del movimento, da quelle maggiormente istituzionali e riformiste, alle fazioni antagoniste. Una traccia di ciò è ravvisabile nel linguaggio adottato a partire dal protocollo del 2015, poi contenuto nella modifica del 2018 alla proposta di legge, in cui i soggetti di diritto interessati all'aborto non sono più solamente le donne, ma anche persone con altre identità di genere ma capacità di gestare. Ciò testimonia l'intenso dialogo su questi temi con il transfemminismo ed i movimenti LGBTI+, in particolare quello trans, su questioni che ad oggi in molti paesi europei risultano invece altamente divisive all'interno dei femminismi⁶³.

In definitiva, il percorso di approvazione della legge argentina sull'interruzione volontaria di gravidanza evidenzia il rapporto dinamico fra componente sociale e diritto. Ci mostra come ad oggi i movimenti sociali, anche minoritari, possano avere, nel confronto con le corti, l'occasione di portare e negoziare le proprie istanze – rafforzate dagli organi costituzionali e dal ruolo del diritto internazionale – ma come anche queste, possano riuscire poi ad incidere sui processi legislativi e sulla formazione del consenso a livello Parlamentare.

⁶³ Il riferimento è a quella corrente femminista trans-escludente, che si oppone fortemente all'avanzamento dei diritti delle persone trans, a principi quali l'autodeterminazione di genere e spesso talvolta al concetto di identità di genere stesso. Tali conflitti sono molto aspri in Europa in paesi come il Regno Unito e la Spagna. Un esempio di ciò tuttavia può essere trovato in Italia del dibattito pubblico e parlamentare in occasione del c.d. DDL Zan "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità", arenatosi attorno al concetto di identità di genere, reputato controverso. Sul punto si permette il rinvio al breve pezzo dell'autrice stessa: C. M. REALE, Ddl Zan: alcune note su un dibattito aperto, in www.orizzontideldirittopub.com, 13 luglio 2021.

Libere davvero? L'effettività della legge n. 194/1978 alla prova: un caso studio nel veronese

*Bruna Mura, Lorenza Perini**

FREE INDEED? THE EFFECTIVENESS OF LAW NO. 194/1978 ON TRIAL: A CASE STUDY IN THE VERONA AREA

ABSTRACT: Starting with a reconstruction of the socio-political context that led to the enactment of the Law n.194 in 1978 and outlining the international landscape in which it fits today, the research presents some considerations on its action to guarantee women's health and reproductive rights. Indeed, there is not only conscientious objection that influences its effectiveness: even more so in pandemic and post-pandemic times, limitations on access to IVG have to do with a much broader dimension of systematic and structural deficiencies. In addition to the analysis of the processes that are maintaining, when not exacerbating, the dyscrasia between formal and substantive right to abortion, it is crucial to observe what this entails in the concrete experience of a woman who wants to access the service, and for this reason the research roots the analysis in the territory by focusing in the last part on a case study in the Verona area using a qualitative ethnographic methodology (shadowing).

KEYWORDS: Abortion; self-determination; civil rights; conscientious objection; health-care system

ABSTRACT: A partire dalla ricostruzione del contesto socio-politico che ha portato all'approvazione e successivamente alla promulgazione della Legge 194/78 e delineando il panorama internazionale in cui si inserisce oggi, la ricerca presenta alcune considerazioni sulla sua azione a garanzia della salute delle donne e dei diritti riproduttivi. Non vi è infatti solo l'obiezione di coscienza a condizionarne l'efficacia: ancor più in tempi pandemici e post-pandemici le limitazioni all'accesso all'IVG hanno a che fare con una dimensione di carenze sistematiche e strutturali molto più ampia. Oltre all'analisi dei processi che stanno mantenendo, quando non esacerbando, la discrasia tra diritto formale e sostanziale all'aborto, è fondamentale osservare cosa ciò comporti nella concreta esperienza di una donna che voglia accedere al servizio e per questa ragione la ricerca affonda l'analisi sul territorio concentrando nell'ultima parte uno studio di caso nel territorio veronese utilizzando una metodologia di tipo qualitativo etnografico (shadowing).

*Bruna Mura: Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Urbino. Mail: bruna.mura@uniurb.it; Lorenza Perini: Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Padova. Mail: lorenza.perini@unipd.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Aborto, autodeterminazione; diritti civili; obiezione di coscienza, sistema sanitario

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dal dibattito del 1978 al contesto internazionale – 3. Il caso italiano: una legge e un’obiezione tra sanità aziendalizzata e pandemia – 4. Il diritto all’interruzione volontaria di gravidanza alla prova della pandemia – 5. “Voglio abortire”: alla ricerca di informazioni sul campo – 5.1. Contraccezione d’emergenza per una minore: le risposte dei consultori – 5.2 Accesso alla contraccezione d’emergenza: il farmacista obiettore – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Sul “diritto d’aborto”¹ in Italia molte cose sono state scritte, con le prospettive più diverse: giuridiche, politologiche, sociologiche, storiche, bioetiche, mediche. Potrebbe dunque apparire superfluo un approfondimento ulteriore su questo tema, tanto più che la legge cardine cui si fa riferimento risale a più di quarant’anni fa e mai è stata modificata nella sua formulazione. Ciò che però richiede attenzione oggi è l’effettività sostanziale della sua applicazione, la sua ricezione nel contesto socio-culturale, come questa è cambiata nel tempo, e dunque qual è la possibilità concreta di ottenimento del diritto individuale, delle donne, da essa sancito.

Alla pratica dell’obiezione di coscienza, massicciamente registrata nelle strutture pubbliche di molte regioni², si accompagnano le resistenze all’utilizzo di farmaci abortivi (in particolare la pillola RU486) ed entrambe queste decisioni insistono su un sistema sanitario significativamente trasformato e con risorse ridotte rispetto al quadro esistente nei primi anni di applicazione della legge 194³.

Considerando la legge 194 dal punto di vista della sua applicazione pratica, ci siamo chieste che cosa avviene nell’esperienza materiale delle donne che si trovano a cercare informazioni relative ai «mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile» (art. 2)⁴ oppure di fronte alla necessità di accedere alle procedure previste per l’interruzione volontaria di gravidanza (artt. 4 e seguenti). Ciò che emerge attraverso l’analisi del caso da noi esaminato è una complessiva difficoltà d’accesso che si manifesta in modi variegati e che ha trovato ulteriori ostacoli

¹ La scelta di utilizzare questa locuzione, con accezione che non rinvia al linguaggio giuridico, quanto a quello politico, è radicata nell’uso che un’ampia tradizione femminista ne ha fatto negli anni. Si vedano, tra le altre T. PITCH, *Un diritto per due*, Milano, 1998 («diritto di scelta delle donne»); M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino, 2008 («Se il controllo della propria fertilità è un diritto civile, allora si deve riconoscere che anche l’aborto è un diritto e non una concessione accordata alle donne per rimediare a presunte intemperanze sessuali [...] Psicologicamente esso può essere anche una tragedia o comportare gravi sofferenze, ma ciò non toglie che, se scelto dall’interessata, esso sia un diritto»); M. D’AMICO, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, luglio 2022 («diritto costituzionalmente coperto»); I. DOMINJANNI, in A. FARINELLI, *Ecco perché l’aborto è un diritto inalienabile*, in *La Repubblica*, 24.10.2022 («si tratta di più di un diritto. Si tratta di una libertà insindacabile di ogni donna»).

² Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78) – dati definitivi 2020, 8 giugno 2022, 56.

³ Legge 194/78 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza” – 194/78 Gazzetta Ufficiale: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1978/05/22/078U0194/sg>.

⁴ Con riferimento all’articolo 2 della legge 194/78, si rinvia agli scopi per cui sono istituiti i consultori familiari indicati all’articolo 1 della legge 405/75 “Istituzione dei consultori familiari”.

durante il periodo pandemico. Come riporta il rapporto sull'Italia presentato dallo *Human Rights Watch* al Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne: «L'inazione del governo ha lasciato che donne e ragazze affrontassero ostacoli evitabili per accedere all'aborto legale in Italia durante la pandemia di Covid-19, mettendo a rischio la loro salute e le loro vite»⁵.

L'ipotesi da cui prende le mosse questo contributo è dunque che all'applicazione del "diritto d'aborto" sia stato sferrato non solo un attacco a tutto campo, ma che tale attacco sia aggravato in modo sostanziale dalle modifiche strutturali intervenute nell'organizzazione sanitaria nel corso degli ultimi decenni sia in ordine alla ristrutturazione in chiave aziendalistica avviata negli anni Novanta e al trasferimento alle Regioni delle competenze relative alla sanità, sia a causa delle politiche di taglio alla spesa pubblica che hanno fatto seguito alla crisi economica degli anni Dieci⁶.

2. Dal dibattito del 1978 al contesto internazionale

Nella prima metà degli anni Settanta, se una spinta vi fu in Italia verso una diversa considerazione dei rapporti sociali tra i sessi, essa è da ricondursi a ciò che stava accadendo fuori dai confini nazionali, in contesti in cui la rivoluzione culturale⁷ stava dando già da tempo i suoi frutti e il corpo riproduttivo delle donne era argomento di interesse collettivo e di rilevanza per l'agenda sia pubblica che istituzionale⁸. Mentre in America, in Francia, in Germania la stampa e i media riconoscevano le questioni collegate al corpo come uno dei nodi fondamentali del dibattito, in Italia solo poche riviste e di nicchia – Noi Donne⁹, Effe¹⁰, Sottosopra¹¹, per dirne alcune – vi dedicavano uno spazio¹². Il dibattito e l'analisi apparivano vivi e fertili solo all'interno dei gruppi e collettivi: Anabasi a Milano andava rielaborando il filone del femminismo americano¹³; Lotta femminista a Padova "traduceva" invece il punto di vista anglosassone¹⁴. Si trattava di segnali ancora molto marginali, ma comunque importanti, che dimostravano il germogliare anche in Italia di un dibattito in linea con il discorso femminista dei

⁵ *Human Rights Watch Report*, Italy: Covid-19 exacerbates obstacles to legal abortion – Inadequate measures heighten existing risks for health, lives, July 30, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/07/30/italy-covid-19-exacerbates-obstacles-legal-abortion>. (Traduzione delle autrici).

⁶ P. MLADOVSKY *et al.*, *Health policy responses to the financial crisis in Europe*, World Health Organization 2012 and World Health Organization, on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies 2012, 15.

⁷ G. MARRAMAIO, *et al.*, *Culture, nuovi soggetti, identità*. Milano, 2003; AA. Vv., *A Cinquant'anni dalla rivoluzione culturale. Antologia di documenti*, Milano, 2016.

⁸ M.L. BOCCIA, *L'io in rivolta. Vissuto e pensiero di Carla Lonzi*, Milano, 1990.

⁹ Tra il febbraio e il marzo del 1961 uscì sul settimanale Noi Donne, divisa in tre parti e a firma di Milla Pastorino, la prima inchiesta giornalistica che ritraeva con precisione le modalità, l'estensione e i numeri relativi al fenomeno degli aborti clandestini in Italia (M. PASTORINO, *I figli che non nascono*, Noidonne, 6, febbraio 1961 (<https://www.noidonnearchivistorico.org/>; <http://www.herstory.it/noi-donne>).

¹⁰ *Aborto: tre giorni a Londra. Storia di Anna*, "Effe", marzo 1975: <https://efferivistafemminista.it/2014/07/tre-giorni-a-londra/>.

¹¹ *Sessualità, procreazione, maternità, aborto*, "Sottosopra", 2, 1975: <https://bit.ly/3DWD8v6>.

¹² A.M. ZANETTI, *Una ferma utopia sta per fiorire, del movimento femminista nel Veneto degli anni Settanta*, Venezia, 1998.

¹³ Gruppo Anabasi, *Donne è bello*, Milano, 1972: <https://bibliotecadelledonne.women.it/libro/donne-e-bello/>.

¹⁴ Biblioteca Civica di Padova, *Archivio di Lotta Femminista per il salario al lavoro domestico Donazione Mariarosa Dalla Costa*: <https://bit.ly/3HPMo5v>.

paesi occidentali. Importanti nel panorama internazionale apparivano le azioni plateali, che si susseguivano quasi identiche da un territorio all'altro, a partire dall'autodenuncia di più di 300 donne in Germania che dichiarano alla rivista «Stern di aver abortito, cui seguiranno altrettante denunce su giornale francese “Le Nouvel Observateur”»¹⁵. Vicende che costituiscono il punto di partenza per aprire una vertenza a favore di un radicale cambiamento non solo di indirizzo legislativo, ma di orizzonte culturale in Europa.

L'Italia non era del tutto fuori dai giochi: anche qui si segue la strada dell'“uscita dal silenzio”, e nel 1973, scrive Adele Cambria «quando il movimento delle donne già da qualche tempo era accusato di disturbare la quiete pubblica [...] cominciammo a raccogliere firme a sottoscrizione della seguente dichiarazione: “ho abortito e/o ho aiutato un'altra donna ad abortire” per poi consegnarle al settimanale *L'Espresso*»¹⁶. Le firme, tuttavia, non giunsero mai al giornale e l'azione si concluse con un nulla di fatto rispetto all'obbiettivo iniziale di raggiungere un pubblico più vasto. Tuttavia, una campagna di solidarietà alla causa portò il giornale ad uscire nel gennaio 1975 con la celebre copertina che rappresentava una donna incinta crocifissa, copertina che fu subito sottoposta a sequestro da parte della magistratura¹⁷. Il senso di queste azioni collettive fu molto importante, andando ben oltre il gesto momentaneo. I processi che in diversi paesi d'Europa si celebravano in questo scorcio di decennio per il reato di aborto clandestino e che videro schierarsi, a fianco delle imputate, centinaia di donne che si autoaccusavano pubblicamente sulle pagine dei giornali, ponevano tutti un problema molto serio al legislatore in termini di effettività e di adeguatezza di norme penali rispetto alle quali non sembrava vi fosse riconoscimento sul piano sociale del disvalore della condotta criminalizzata. In altre parole, ci si chiedeva se una legge trasgredita in un modo così plateale da una massa così consistente di persone potesse dirsi ancora una “legge giusta” e soprattutto se rispetto al bene tutelato giuridicamente da queste norme vi fosse davvero una condivisione di obiettivi e di visioni sociali oltre che un interesse collettivo. Le 343 donne che firmarono il manifesto francese e le 375 che adottarono lo stesso tipo di autodenuncia in Germania ponevano seriamente la questione della legittimità di questi dispositivi regolativi e la loro funzione rispetto al controllo (normato) del corpo delle donne. In questo scenario, e tenendo presente l'esito del processo celebrato a Padova nel 1973 – imputata Gigliola Pierobon rea di aver abortito cinque anni prima, non assolta ma “perdonata”¹⁸, ecco che quindi la mancata “uscita” sulla stampa del messaggio di autodenuncia in Italia si configurava come un fatto determinante, che impediva al caso giudiziario in questione di dare finalmente un inizio concreto alla messa in pratica del discorso femminista in Italia¹⁹.

Solo nel 1975 comincia a crearsi uno “spazio politico” intorno al tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, quando cioè una sentenza della Corte costituzionale prende in considerazione la legittimità dell'art. 546 del Codice penale allora vigente. A termine di questa analisi l'organo si pronuncia ponendo in essere alcune definizioni fondamentali. In quegli anni infatti, il dibattito si concentrava in

¹⁵ C. LALLI, *aborto: un peccato imperdonabile?*, in *Medicina nei secoli arte e scienza*, 28, 1, 2016, 7-11.

¹⁶ A. CAMBRIA, *Nove dimissioni e mezzo – Le guerre quotidiane di una giornalista ribelle*, Roma, 2010.

¹⁷ *Aborto, quella copertina de L'Espresso*, in *L'Espresso*, 21 dicembre 2011: <https://espresso.repubblica.it/archivio/appoggio/2011/12/27/news/quella-copertina-dell-espresso-1.38784/>.

¹⁸ L. PERINI, *Il corpo del reato. Parigi 1972-Padova 1973: storia di due processi per aborto*, Bologna, 2014.

¹⁹ E. GUERRA, *Una nuova soggettività: femminismo e femminismi nel passaggio degli anni Settanta*, Roma, 2010.

particolar modo sul concetto di vita e se questo riguardasse anche il feto in via di sviluppo. La Corte, con la sua pronuncia, tenta di fare finalmente chiarezza:

«La condizione della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c. 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. Di più. La scriminante dell'art. 54 c. p. si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»²⁰.

Con questi presupposti, la sentenza della Corte costituisce una svolta decisiva nel dibattito italiano sull'aborto, fino a quel momento arenato su dispute etico-filosofico-giuridiche e bloccato di fronte alla previsione di un reato per la donna che interrompesse la gravidanza e per chiunque la aiutasse.²¹ Grazie a quel "di più" di attenzione posta sulla figura di colei *che è già persona* piuttosto che su *ciò che persona non è*, recependo evidentemente in questa formulazione gli echi della sentenza della Corte Suprema americana che si era pronunciata nel 1973 nel caso *Roe contro Wade*²², la discussione viene sospinta verso un ambito più dialetticamente aperto rispetto agli stretti confini della giurisprudenza, in una direzione più politica e improntata all'ascolto del *sentire sociale*, e che mostra da parte dei giudici della Corte il riconoscimento di quella voragine che nel corso del tempo si era creata tra il *materiale* delle condizioni di vita delle donne e l'*immaginario* della legge allora vigente²³.

Legittimando di fatto l'aborto terapeutico, la sentenza produce un vuoto normativo a partire dal quale ogni partito viene chiamato a presentare una proposta di legge. Nel 1978, dopo un lunghissimo e difficile dibattito parlamentare²⁴, una nuova legge viene approvata con il seguente titolo "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"²⁵. Una volta varata però, la legge non smorza il dibattito, né da parte dei movimenti più radicali, né da parte dei gruppi femministi: se i primi contestavano in generale l'oggetto della legge ritenendo dovesse rimanere una pratica illegale, i secondi ritenevano che la sua formulazione non corrispondesse al riconoscimento di uno spazio di diritto di scelta per le donne, ma piuttosto ad un divieto accompagnato da alcune concessioni, venendo meno in questo al pieno riconoscimento del diritto all'autodeterminazione indivi-

²⁰ Corte cost., sent. n. 27/1975.

²¹ M. MORI, *Aborto e morale*, cit., 19-20: <https://bit.ly/3RJUAxd>.

²² J. KINGSTON, A. WHELAN, I. BACIK, *Abortion and the law*, Dublin, 1997; B.C. BURRELL, *Roe V. Wade: The Abortion Rights Controversy in American History*, in *Rhetoric & Public Affairs*, 5, 3, 2002, 546-48.

²³ G. TEDESCO, *Il conflitto è sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del PCI sull'aborto*, in *Reti. Pratiche e saperi di donne*, 3-4, 1988, 82; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, 1997, 81-92; *Ibidem*, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 2002.

²⁴ L. PERINI, *Dopo la 194. Un tempo storico, un dibattito culturale, la geografia di un territorio*, Roma, 2014.

²⁵ La legge n.194/1978 consente alle donne di ricorrere all'IVG in una struttura pubblica nei primi 90 giorni di gestazione, mentre tra il quarto e il quinto mese è possibile ricorrervi solo per motivi di natura terapeutica.

duale²⁶. Proprio per questo motivo tre anni dopo l'approvazione della legge, nel 1981, ebbe luogo il referendum abrogativo, nel quale vinse il no con il 68% dei voti²⁷, frutto evidente di un sentire sociale ormai molto più avanti della politica²⁸.

Un sistema di monitoraggio periodico fu affiancato fin da subito alla legge, attraverso una Relazione annuale del Ministero della Salute, prevista dall'art. 16 della legge. Strumento apparentemente interessante e utile, in realtà i dati territoriali raccolti in questo modo si sono rivelati fin da subito di difficile interpretazione: pur essendo pubblici, essi vengono presentati e analizzati in modo accorpato, senza alcuna possibilità di accesso alle informazioni relative alle singole unità territoriali e ospedaliere, dove possibili criticità è assai facile che si verifichino²⁹. Un nodo, quello del monitoraggio, che resta infatti ancora oggi problematico e noto anche a livello internazionale³⁰, se è vero che, nel 2017³¹, sia il Comitato per i diritti umani dell'ONU³² che il Comitato CEDAW³³, si sono dichiarati preoccupati per la limitazione all'accesso ai servizi abortivi riscontrata nel nostro Paese a causa dell'elevato numero di personale sanitario che si dichiara obiettore di coscienza oltre che per i tempi di attesa obbligatori che ostacolano significativamente la possibilità di accedere al servizio. Ciò che rilevano i due Comitati è il rischio che questa situazione porti ad un nuovo incremento degli aborti clandestini e dunque meno sicuri per le donne³⁴.

A conferma del fatto che il problema nell'accesso all'aborto non sia esclusivamente una questione formale, ma piuttosto una situazione radicata nell'inaccessibilità concreta, pratica, ai servizi, troviamo

²⁶ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità. Le donne la legge e il contrattacco maschile*, Roma, 2008; B. CASALINI, *Libere di scegliere? Patriarcato, libertà e autonomia in una prospettiva di genere*, in *Etica & Politica*, XII, 2011, 329-364;

²⁷ Dei due referendum riguardanti la legge 194 su cui le cittadine e i cittadini italiani furono chiamati ad esprimere il proprio parere il 17 maggio 1981, il primo, avanzato dai radicali, mirava ad ampliare ancora di più le possibilità di ricorso all'aborto da parte delle donne in un'ottica di liberalizzazione. Viceversa, il secondo, promosso dal Movimento per la vita, raccoglieva quasi la totalità delle forze cattoliche, con l'obiettivo dell'abrogazione completa del nuovo istituto. Al termine della consultazione, a favore dell'abrogazione della legge si schierano 10.119.797 votanti, mentre una maggioranza di due volte superiore si schiera per la non abrogazione della norma vigente (68%). Piuttosto elevate le astensioni. Si veda P. FELTRIN, *Referendum sull'aborto. Tendenze di lungo periodo nei comportamenti di voto e culture locali: il caso del Veneto*, Venezia – Mestre, 1989, 8.

²⁸ A. BALZANO, *Per farla finita con la famiglia*, Milano, 2021.

²⁹ Si veda l'iniziativa di raccolta autonoma di tali informazioni avviata dall'Associazione Luca Coscioni da cui è nato il testo di C. LALLI, S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194). Perché sono nostri e perché ci servono per scegliere*, Milano, 2022.

³⁰ M. PUSIOL, *Italy: where legal abortion does not necessarily mean accessible abortion*, in *The new Federalist*, 9 March 2021: <http://bit.ly/3lZjoc>.

³¹ Appare utile in questo senso menzionare anche due decisioni precedenti, del Comitato Europeo dei diritti sociali, *International Planned Parenthood Federation – European Network ("IPPF EN") v. Italy* (2014) e *CGIL v. Italy* (2016) (L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro*, in *DPCE Online*, [S.l.], 26, 2, may 2017: [Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro | DPCE Online](http://bit.ly/3I7RMCh)).

³² INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, CCPR/C/ITA/CO/6, 17 may 2017: <https://bit.ly/3lZLCU>.

³³ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *Concluding observations on the seventh periodic report of Italy*, CEDAW/C/ITA/CO/7, 24 July 2017: <https://bit.ly/3I7RMCh>.

³⁴ HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, *Italy: Covid-19 Exacerbates Obstacles to Legal Abortion Inadequate Measures Heighten Existing Risks for Health, Lives*, 30 July 2020: <http://bit.ly/3HNaQEF>.

la ricostruzione internazionale dei processi di conquista del diritto di abortire in modo libero e sicuro proposta da Jacqueline Heinen. La sociologa restituisce un'immagine netta di come tali processi siano caratterizzati da un andamento a singhiozzo che disvela la grande fragilità di questo diritto non solo, o non tanto, a livello di giurisdizioni, quanto piuttosto di prassi: «Evocare le molteplici battute d'arresto del diritto all'aborto dopo due decenni da quando è stato legalizzato (soprattutto nei paesi occidentali e nell'Europa orientale) dà la sensazione di balbettare, fa persino temere di cadere»³⁵. E ripercorrendo quanto recentemente avvenuto in Polonia e in Ungheria e poi attraverso il quadro allarmante delle azioni intraprese da un'ampia varietà di soggetti di matrice religiosa e non solo³⁶ sia in Slovacchia, Croazia, Russia, Romania, Svizzera, Cina, la sensazione di pericolo, come ribadisce Heinen, si fa molto concreta.

In controtendenza rispetto a questa situazione vi sono le imponenti mobilitazioni dei movimenti femministi e in generale delle donne che hanno contribuito all'ottenimento formale del diritto in Irlanda (2018), Argentina (2020) e Colombia (2022).

E tuttavia, come dimostra la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti che nel giugno 2022 è intervenuta sull'emendamento costituzionale su cui si era retto fino a quel momento il diritto delle donne americane all'interruzione volontaria di gravidanza³⁷, quello di abortire in sicurezza non può essere considerato un diritto acquisito una volta per tutte, quanto piuttosto una conquista da presidiare con grande attenzione e capacità di lettura delle fasi nazionali e internazionali.

3. Il caso italiano: una legge e un'obiezione tra sanità aziendalizzata e pandemia

Il caso italiano è particolarmente significativo per mettere in luce la discrasia tra il diritto formale e il diritto sostanziale perché, come visto in precedenza, l'intervento normativo formale risale al 1978, dunque a più di quarant'anni fa, ma la sua applicazione operativa ha incontrato crescenti ostacoli. In particolare, questi possono essere suddivisi in due macro categorie: da una parte vi sono gli interventi diretti, in particolar modo volti ad utilizzare la clausola dell'obiezione di coscienza allargandone progressivamente le maglie; dall'altra parte vi sono gli effetti indiretti degli interventi riorganizzativi del sistema sanitario che nel corso degli anni ha portato ad un ulteriore ostacolo all'accesso all'IVG.

La legge prevede per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie la possibilità di non prendere parte alle procedure se, con dichiarazione preventiva, solleva obiezione di coscienza. Tale comunicazione «esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento» (art. 9, l. n. 194/78). Se dunque l'indicazione normativa limita questa possibilità esclusivamente al momento dell'intervento, nella pratica la possibilità di opporre obiezione di coscienza si intreccia con l'organizzazione dei turni di lavoro e la diffusione di questa pratica: «Ci sono 72 ospedali che hanno

³⁵ J. HEINEN, *Offensives tous azimuts contre le droit d'avorter aux États-Unis et en Europe*, in *Cahiers du Genre*, 72, 1, 2022, 233-250: <https://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2022-1-page-233.htm?contenu=article>.

³⁶ A. CAMILLI, *L'estrema destra contro le donne in Europa*, in *L'internazionale*, 30 novembre 2018: <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2018/11/30/estrema-destra-donne-aborto>.

³⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *After Row fell. Abortion laws by state*: <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>.

tra l'80 e il 100% di obiettori di coscienza. Ci sono 22 ospedali e 4 consultori con il 100% di obiezione tra medici ginecologi, anestesisti, personale infermieristico e OSS. 18 ospedali con il 100% di ginecologi obiettori. Ci sono 46 strutture che hanno una percentuale di obiettori superiore all'80%³⁸. Vi è da segnalare inoltre il fatto che la distribuzione regionale di queste percentuali non è omogenea, per cui accanto a regioni in cui vi è una limitazione all'accesso, ce ne sono altre in cui questo non è proprio possibile. Tale situazione ha portato nel corso degli anni ad una mobilità geografica che costringe le donne a spostarsi non solo tra città, ma tra regioni, quando non verso l'estero³⁹. E questo è possibile, evidentemente, solo per coloro che hanno le risorse per poterlo fare, mentre rimangono escluse dall'ottenimento del servizio altre donne, che ne hanno comunque formalmente diritto⁴⁰.

Tali dati sono particolarmente allarmanti soprattutto alla luce del fatto che lo stesso articolo 9 prevede che «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale». (art. 9, l. 194/78). Dal punto di vista formale, dunque, la legge contiene lo strumento per mitigare gli effetti di eventuali scelte individuali dei medici, ma nella pratica questo non avviene e il risultato, come ci raccontano interviste, inchieste giornalistiche e ricerche accademiche, è quello di una significativa limitazione all'accesso al diritto d'aborto. Come riportano i casi di cronaca, anche le altre limitazioni previste all'articolo 9, il divieto di invocare l'obiezione di coscienza nel caso di pericolo di vita per la donna e la revoca dell'obiezione nel caso in cui il medico esegua interruzioni di gravidanza, non sono sempre rispettate⁴¹. L'effetto di questa situazione è che il personale che non si dichiara obiettore viene sovraccaricato di richieste di IVG con tutte le implicazioni che questo ha sia dal punto di vista professionale che nella prospettiva delle donne che, rivolgendosi alle strutture per prendere appuntamento, faticano a farsi dare appuntamenti entro i tempi previsti dalla legge.

Ma perché il fenomeno dell'obiezione di coscienza si è così diffuso nel corso degli anni? Come mai si è esteso oltre le figure professionali previste⁴² e ci sono strutture in cui tutto il personale si dichiara obiettore? Qualche risposta ha cominciato a darla un articolo di Minerva (2015) in cui l'autrice evidenzia come questo aumento vada inquadrato in una prospettiva più ampia della ferma adesione dei

³⁸ ASSOCIAZIONE LUCA COSCIONI, *Legge 194. Mai dati*, aggiornamento al 20 novembre 2021, <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/legge-194-mai-dati>.

³⁹ In molti casi la scelta di abortire all'estero nasce dal protrarsi dei tempi che rendono non più praticabile la procedura in Italia, ma ancora eseguibile in altri Paesi.

⁴⁰ C. TORRISI, *Da dove ripartire per garantire i diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in *L'internazionale*, 25 giugno 2020, <https://www.internazionale.it/notizie/claudia-torrissi/2020/06/25/italia-abortion-pandemia>.

⁴¹ N. SOMMA, *È ora di dire basta all'obiezione di coscienza e alla sua violenza. La 194 va applicata!*, in *Di.Re. Donne in rete contro la violenza*, 18 novembre 2016, <https://www.direcontrolaviolenza.it/e-ora-di-dire-basta-alla-violenza-ostetrica-e-allabuso-di-obiezione-di-coscienza-la-194-va-applicata/>.

⁴² Nelle relazioni ministeriali più recenti si nota una lieve diminuzione della percentuale del tasso di obiettori (dal 67,0% nel 2019 per quanto riguarda i ginecologi, al 64,6% nel 2020 per la stessa categoria professionale). In attesa che vengano ufficializzati i dati relativi agli anni successivi, si ritiene necessario tenere presente che questo dato può essere stato influenzato dalla situazione pandemica. Peraltro i dati riportati nella già citata indagine Mai dati mostrano come al di là del dato aggregato nazionale, sia opportuno tenere conto che in 72 ospedali italiani il tasso di obiezione di coscienza è tra l'80 e il 100%: <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/legge-194-mai-dati>.

medici ai precetti del cattolicesimo. L'autrice mette in evidenza come i medici si dichiarino obiettori dopo alcuni anni dall'assunzione, ma anche come vi siano obiettori che non praticano aborti nelle strutture pubbliche in cui sono assunti, ma li eseguano – illegalmente – in cliniche private⁴³. Un'altra spiegazione che presenta Minerva è la valutazione rispetto alla propria prospettiva di carriera per i medici che si trovano a lavorare in strutture dirette da obiettori di coscienza e, in senso opposto, la valutazione dei rischi di ostracismo o il timore dello stigma che influisce sulla decisione dei ginecologi a inizio carriera di dichiararsi obiettori di coscienza⁴⁴.

Un ulteriore elemento che caratterizza il diritto all'accesso all'interruzione di gravidanza è la resistenza che da anni si incontra nell'introduzione dell'aborto farmacologico ed in particolare dell'utilizzo della pillola RU486⁴⁵. Nonostante in tutta Europa sia questo il principale strumento sanitario per interrompere le gravidanze, il servizio sanitario italiano registra la maggior parte delle interruzioni eseguite con metodo chirurgico⁴⁶. In questo caso l'ostacolo si presenta a livello di protocolli regionali, per cui solo cinque regioni su venti hanno incluso l'aborto farmacologico tra le operazioni ambulatoriali, mentre in tutte le altre regioni si procede ad un ricovero di tre giorni (a fronte di uno nel caso di aborto chirurgico)⁴⁷.

Tale quadro si innesta in un servizio sanitario fortemente trasformato rispetto agli intendimenti dei promotori della legge n.833, anch'essa del 1978, che lo istituiva. Se il processo di aziendalizzazione messo in moto dalle riforme sanitarie degli anni Novanta, guidate dalla spinta neoliberalista, ha introdotto criteri economicistici nella gestione della sanità⁴⁸, per ciò che riguarda le trasformazioni con ricadute sull'accesso al diritto d'aborto, un momento di passaggio fondamentale è stata la riforma del Titolo V della Costituzione che, nel 2001, riordinò l'attribuzione di competenze tra Stato e Regioni. Tale norma ha inoltre concesso alle Regioni una maggiore autonomia per ciò che concerne la gestione dei fondi, aprendo la strada ad una progressiva differenziazione geografica delle capacità di risposta sanitarie. A dare un peso ancora maggiore a queste scelte politiche intraprese nel corso degli ultimi quarant'anni, vi sono stati gli effetti della crisi economica degli anni Dieci, ma soprattutto delle politiche di austerità introdotte dall'Europa per farvi fronte⁴⁹. L'applicazione di tagli lineari alla sanità, manifestazione evidente di quanto l'attenzione al benessere e alla cura delle persone e dei corpi

⁴³ F. MINERVA, *Conscientious objection in Italy*, in *Journal of Medical Ethics*, 41, 2, February 2015, 170-17

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A. CAMILLI, *Libere di abortire con una pillola*, in *L'Internazionale*, 13 aprile 2018: <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2018/04/13/aborto-italia-ru486>.

⁴⁶ Nel 2020 il numero di IVG risulta essere stato di 66.413 interruzioni volontarie di gravidanza, con una riduzione del 9,3% rispetto al dato del 2019 (Ministro della Salute, *Relazione sull'attuazione 194/78 tutela sociale maternità e interruzione volontaria di gravidanza-dati 2019 e preliminari 2020*, <https://www.salute.gov.it/portale/donna/dettaglioPubblicazioniDonna.jsp?lingua=italiano&id=3103>).

⁴⁷ A queste scelte gestionali si aggiungono gli effetti delle liste d'attesa negli ospedali che rendono questa opzione impraticabile. La RU486 infatti, ha efficacia solo se assunta entro i primi 50 giorni di gravidanza (<https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/ru486>).

⁴⁸ Per un'analisi puntuale della legge di riordino del SSN 502/92, si veda G. MACIOCCO, *Quando Ciampi salvò il Servizio sanitario nazionale*, in *SaluteInternazionale.info*, 19 settembre 2016: http://www.sossanita.it/doc/2016_09_CIAMPI-SSN-MACIOCCO.pdf.

⁴⁹ Si veda ad esempio il Rapporto OASI 2012 stilato dall'Università Bocconi e ripreso dall'Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani (AOGOI) con una sintesi dal titolo evocativo *L'Austerità sta massacrando il sistema meno servizi e più tasse*, in *GYNECO AOGOI*, 3, 2013, https://www.aogoi.it/media/2639/pp6_7.pdf.

venga equiparata a qualsiasi altra voce di spesa senza considerare gli effetti a breve, medio e lungo termine di queste scelte, ha fortemente condizionato l'offerta sanitaria nelle Regioni italiane amplificando le disuguaglianze che si stavano sviluppando a seguito delle differenti gestioni locali.

A questo proposito, e anticipando le coordinate in cui l'approfondimento del paragrafo 5 si inserisce, il caso Veneto è particolarmente significativo. Il riferimento dei dati è il report "Consultori familiari: utenza, attività e personale – indicatori per la valutazione dell'anno 2019"⁵⁰ della Regione Veneto. In tale rapporto risulta che l'incidenza delle interruzioni volontarie di gravidanza per quanto riguarda l'area Ostetrico-ginecologica si attesta al 4% del totale degli interventi e si ferma al 2% per quanto riguarda l'area Psicologico-sociale. Altrettanto interessante è il dato relativo alle IVG effettuate nelle 9 Aziende ULSS regionali che mostra come gli interventi per interruzione volontaria di gravidanza siano stati il 3,58% sul totale degli interventi d'area Ostetrico-ginecologica (8.547 casi su 238.786 in totale). Come confermato a livello nazionale dalla Relazione annuale sull'IVG, il numero degli aborti mantiene il trend calante avviato nel 1983 (da 234.801 casi nel 1983 a 76.328 nel 2018)⁵¹.

4. Il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza alla prova della pandemia

Questa situazione, già problematica, si è ulteriormente aggravata durante la pandemia a causa delle misure di limitazione all'accesso ai servizi sanitari e di spostamento nei territori intraprese nel tentativo di ostacolare la diffusione dei contagi. Il problema ha attraversato l'intero comparto sanitario non direttamente impegnato sul fronte del contrasto alla pandemia con una improvvisa contrazione di tutti i servizi non direttamente riconducibili ad essa. Sono così state sospese milioni di visite, di appuntamenti di screening, di tutte quelle attività di continuità assistenziale decisive nella promozione di una condizione di salute accettabile⁵².

È ancora lo *Human Rights Watch* a portare l'attenzione sulle implicazioni per la salute riproduttiva: «L'inazione del governo ha lasciato che donne e ragazze affrontassero ostacoli evitabili per accedere all'aborto legale in Italia durante la pandemia di Covid-19, mettendo a rischio la loro salute e le loro vite»⁵³. Il riferimento è al fatto che non ci sia stata un'attenzione specifica al garantire percorsi chiari per l'accesso ai servizi d'aborto portando al superamento dei termini di legge, che diverse strutture sanitarie abbiano interrotto il servizio⁵⁴, che il personale ginecologico sia stato – in alcuni casi – trasferito nei reparti Covid⁵⁵. Senza contare i casi di medici positivi o in isolamento. Anche in questo caso, pur essendoci stata un'indicazione formale dal Ministero sulla non trasferibilità dei servizi d'aborto, il diritto sostanziale d'accesso è venuto meno.

⁵⁰ Regione del Veneto, *Consultori*, <https://www.regione.veneto.it/web/sociale/pubblicazioni;http://bit.ly/40HifxC>.

⁵¹ Ministero della salute, *Relazione Ministro Salute attuazione Legge 194/78 tutela sociale maternità e interruzione volontaria di gravidanza – dati definitivi 2020*: <http://bit.ly/3I89BRF>.

⁵² B. MURA, *I paradossi del (non) essere in guerra. Ma davvero si può scegliere tra sanità, salute e cura?*, in F. FARINA (a cura di), *Siamo in guerra. L'anno che per poterci curare non andammo da nessuna parte*, Milano-Udine, 2021, 79-102.

⁵³ HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, *Italy: Covid-19 exacerbates obstacles to legal abortion – Inadequate measures heighten existing risks for health, lives*, July 30, 2020: <https://bit.ly/3I7vCA0>.

⁵⁴ <https://bit.ly/3JNt3EF>.

⁵⁵ <https://www.hrw.org/it/news/2020/07/30/375941>.

Così come la legge 194 è stata sospinta dai movimenti delle donne e femministi, anche oggi il monitoraggio della reale possibilità di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza è parte delle attività dei movimenti sociali. È il caso delle esperienze di "Obiezione respinta"⁵⁶, una mappatura partecipata online che monitora la situazione nelle strutture sanitarie, denuncia i casi di mancato o ostacolato accesso permettendo alle utenti di segnalare le situazioni in cui si sono trovate. Altrettanto importante è il lavoro fatto dal blog "IVG, ho abortito e sto benissimo"⁵⁷ che raccoglie informazioni e testimonianze per costruire una contro-narrazione sull'aborto che superi gli stereotipi, ma soprattutto che permetta alle donne che si trovano a compiere questa scelta di farlo in maniera consapevole. Entrambi questi spazi virtuali, sostenuti dalla spinta della mobilitazione di Non una di meno⁵⁸, hanno mantenuto, nel corso della pandemia, una particolare attenzione a quanto stava avvenendo nei servizi denunciando le situazioni di maggior rischio e fornendo le informazioni altrimenti, in diversi casi, inaccessibili. Un'altra mappa virtuale, precedente alla situazione pandemica, è quella approntata dalla LAIGA (Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Applicazione legge 194) con lo scopo di «mappare gli ospedali italiani che offrono il servizio di interruzione di gravidanza per migliorare l'accesso a questo servizio sanitario»⁵⁹. Come scrive la stessa Associazione, questa iniziativa «nasce dalla consapevolezza che gli ostacoli che le donne e le coppie incontrano per accedere al servizio [...] sono: la mancanza di una chiara procedura per l'accesso all'aborto [...] e la difficile reperibilità del servizio»⁶⁰. L'impatto della pandemia è stato dunque particolarmente problematico dal punto di vista del godimento sostanziale del diritto all'aborto sicuro a causa delle limitazioni alla mobilità⁶¹ che, come visto in precedenza, è un fattore rilevante per ovviare alle disuguaglianze geografiche. Ma un ritardo vi è stato anche nell'intervento ministeriale che solo nell'agosto 2020 è intervenuto a modificare la normativa nazionale nel senso di permettere l'esecuzione dell'aborto farmacologico come procedura ambulatoriale fino alla nona settimana di gravidanza e non più alla settimana⁶². A peggiorare la situazione, il fatto che pochissime regioni italiane hanno accolto e reso effettive queste nuove linee guida sull'aborto farmacologico⁶³. È la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità a ritenere che l'aborto farmacologico autogestito possa essere considerato un'alternativa sicura fino alla dodicesima settimana di gravidanza. Con il vantaggio, tanto più nella situazione pandemica e le limitazioni agli accessi introdotte, di alleggerire sia i rischi di esposizione al Covid-19, sia di limitare i ritardi sulle tempistiche d'accesso.

Proprio la pandemia è stata uno spartiacque che ha mostrato l'approccio a questo tema nei diversi paesi europei. Si nota dunque come Spagna, Germania, Francia, Inghilterra, Galles e Irlanda abbiano

⁵⁶ <https://obiezionerespinta.info/>.

⁵⁷ <http://hoabortitoestobenissimo.blogspot.com/>.

⁵⁸ <https://nonunadimeno.wordpress.com/>.

⁵⁹ <https://www.laiga194.it/mappa-ospedali-italiani-ivg-itg/>.

⁶⁰ <https://www.laiga194.it/>.

⁶¹ <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?id=4186&lingua=italiano>.

⁶² H. MARGOLIS, *A Step Forward for Abortion Rights in Italy: Revised Medical Abortion Guidance Will Help Ensure Safe, Legal Care*, in *Commentary, Human Rights Watch Dispatch*, August 11, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/08/11/stepforward-abortion-rights-italy>.

⁶³ C. TORRISI, *In Italia la pandemia ha reso più difficile abortire*, in *L'Internazionale*, 25 gennaio 2021, <https://www.internazionale.it/reportage/claudia-torresi/2021/01/25/aborto-pandemia>.

esteso i limiti di tempo previsti dalla legge, hanno autorizzato la possibilità di effettuare l'aborto farmacologico a domicilio e strutturato servizi di telemedicina per facilitare l'accesso al servizio durante le prime fasi della pandemia⁶⁴.

5. "Voglio abortire": alla ricerca di informazioni sul campo

La legge 194 del 1978 recita, all'articolo2: «La somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori». Già nel 1975, con la legge quadro istitutiva dei consultori familiari (405/75), il legislatore aveva posto l'attenzione al ruolo informativo del «servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità»: «d) la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso» (articolo 1, legge 405/75).

La tutela della salute delle donne viene dunque posta in stretta relazione con la diffusione di informazioni specifiche che permettano a ciascuna di compiere scelte consapevoli in piena sicurezza. Ciò che le due leggi sembrano prospettare (e per diversi anni è stato realizzato in molti territori, ad esempio attraverso interventi informativi negli istituti scolastici da parte di operatrici dei consultori) Per questa ragione si vuole ora dare spazio ad una ricerca etnografica realizzata nel veronese e volta a cogliere se e come questo intervento di prevenzione e di diffusione delle informazioni necessarie a compiere scelte consapevoli si concretizzi.

Vista la delicatezza della tematica e la difficoltà di reperire dati pienamente attendibili, si è scelto di adottare una metodologia *shadowing*, coperta, che permettesse di esaminare quale sarebbe stata la risposta realmente data ad una donna che avesse preso contatto con i servizi senza rischiare che l'esplicitazione del fine di ricerca ne inficiasse il risultato.

La ricercatrice si è dunque presentata chiedendo informazioni per conto di una ragazza minorenni che, a seguito di un rapporto non protetto, aveva necessità di assumere una contraccezione post-coitale per prevenire una gravidanza indesiderata.

Cosa significa nella quotidianità, nell'esperienza di vita di una donna, l'impatto vero, reale, con i problemi fin qui discussi in forma teorica? In questo caso studio nel veronese, l'attenzione sarà concentrata sulla richiesta di informazioni e all'accesso alla contraccezione d'emergenza durante il periodo pandemico, nei mesi di marzo e aprile 2021. Si tratta dunque di un passaggio preliminare rispetto alla richiesta di interruzione volontaria di gravidanza vera e propria, ma proprio per questo diventa ancor più significativa svelando come le difficoltà che si incontrano non hanno a che fare solo con quanto previsto a livello normativo (ma scarsamente sanzionato in caso di uso non legittimo), ma anche con le modalità operative e con la sfera sociale, culturale, politica che legittima o meno determinati comportamenti.

⁶⁴ H. MARGOLIS, *England Leads Way in UK after U-Turn on COVID-19 Abortion Access*, March 31st, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/03/31/england-leads-way-uk-after-u-turn-covid-19-abortion-access>.

5.1. Contraccezione d'emergenza per una minore: le risposte dei consultori

La prima parte di indagine si è concentrata sui consultori familiari presenti nel territorio della ULSS 9 Scaligera. Essi sono 9 distribuiti nei diversi Comuni di Verona e cintura⁶⁵ a cui si aggiunge il Consultorio Giovani di Verona dedicato all'utenza tra i 14 e i 22 anni. La strategia adottata è stata quella di rivolgersi alle diverse strutture, inizialmente in presenza, poi telefonicamente nel rispetto delle limitazioni dovute alla pandemia.

I primi due consultori con cui è stato preso contatto sono quelli nel comune di Grezzana. Nel primo, pubblico e con sede coincidente con il Distretto socio-sanitario, era presente una ginecologa in sostituzione della persona titolare, che però ha dichiarato di occuparsi degli screening per il Pap-Test e di non conoscere le procedure usualmente adottate per la contraccezione d'emergenza. Invita a rivolgersi alla ginecologa che si era da poco trasferita presso un altro consultorio a Verona. Nel comune di Grezzana vi è però anche la sede di un consultorio privato "Famiglia & Comunità" convenzionato con la sanità pubblica e di ispirazione cattolica. Nel sito internet non vi è alcun riferimento o informazione sul tema della contraccezione, d'emergenza o meno, né all'interruzione volontaria di gravidanza, né alle malattie a trasmissione sessuale.

Dopo questi primi contatti si è resa necessaria una modifica al metodo di ricerca, a causa delle limitazioni intervenute ai fini di contrastare la diffusione del Covid-19 e dunque i contatti con le altre strutture consultoriali sono avvenuti telefonicamente. Per quanto riguarda le strutture nel comune di Verona, la prima chiamata è stata quella di via del Capitel, 22. Al momento della telefonata la dottoressa non era disponibile, ma ha richiamato un paio d'ore dopo fornendo tutte le informazioni e specificando che, visto che la ragazza è minorenni, si potrebbe fissare un appuntamento in ambulatorio così che abbia la possibilità di un confronto su eventuali dubbi o timori. Nel consultorio di via Siracusa, 4b la ginecologa non era presente e l'indicazione è stata quella di rivolgersi al distretto di via Poloni (chiuso però il lunedì, giorno della chiamata). L'operatrice che ha risposto al telefono è stata però puntuale nel fornire le informazioni relative al libero acquisto della pillola Ellaone, senza obbligo di ricetta anche da parte di una minore⁶⁶. Rivolgendosi dunque al consultorio di via Poloni, 1, oltre alle informazioni sulla possibilità di libera vendita di Ellaone, si riceve l'invito a prendere contatto con il Consultorio Giovani di Verona, il quale dà la stessa indicazione, così come le strutture di Tregnago e di San Giovanni Lupatoto. Ciò che però emerge da questo percorso è come vi sia un'unica ginecologa che divide il proprio tempo di lavoro tra le strutture cittadine di via Poloni e di via Siracusa, oltre a seguire l'ambulatorio dell'area adolescenti.

Nello scambio telefonico con la ginecologa, emerge che nei consultori pubblici veronesi da diversi anni non vi siano medici obiettori. Proprio questa conversazione stimola la curiosità provando a verificare se la situazione sia diversa per quanto riguarda i consultori privati. Nella struttura di piazza Ve-

⁶⁵ Verona: Via Poloni 1, Via del Capitel 22, Via Volturmo 20 – in seguito spostato nei pressi del distretto di Via Valverde, Via Siracusa 4b; Grezzana: Via de Nicola, 34; consultorio Famiglia&Comunità (convenzionato con la ULSS); San Bonifacio; San Giovanni Lupatoto; Tregnano. Facendo riferimento a quanto riportato nel sito della Regione Veneto, non tutte le strutture dei distretti socio-sanitari presentano l'ambulatorio di ginecologia.

⁶⁶ AIFA, *Determina n. 998*, ottobre 2020, che toglie l'obbligo di prescrizione medica per la contraccezione di emergenza, fino a cinque giorni dopo (Ellaone, ulipistral acetato). La ricetta non ripetibile viene richiesta alla minore per l'acquisto di Norlevo.

scovado 5, a Verona città, l'indicazione ricevuta è che «la minorenni deve recarsi con un genitore qui in ambulatorio per una consulenza».

Anche il consultorio di Verona sud, in via Calvi, richiede di andare presso l'ambulatorio di persona senza fornire, nonostante qualche tentativo di insistere, alcuna informazione aggiuntiva. In via Bellotti, sempre a Verona, invece la ginecologa non è presente e la segretaria risponde che essendo loro un consultorio privato non trattano «quei tipi di contraccettivi, ma solo contraccettivi naturali». La ginecologa non è presente neanche nella struttura di Verona Nord, in via Scarabello, 18. L'operatrice che risponde al telefono suggerisce di chiamare l'AIED (Associazione Italiana per l'Educazione Demografica) locale. Nel consultorio AIED opera la dottoressa M.G che contribuisce ad arricchire la panoramica sul territorio: «La situazione direi che è decisamente buona in quanto abbiamo quattro ospedali [nel veronese] e la probabilità che una donna a Verona che non trovi la possibilità di abortire, perché non ha trovato medici che facciano la certificazione o un ospedale dove praticino l'aborto, è praticamente zero». Per quanto quindi il Veneto presenti una percentuale complessivamente molto alta di obiettori di coscienza (il 73,70% nel 2020), la situazione veronese sembra in controtendenza, la probabilità per una donna di venire respinta per questa ragione non dovrebbe esserci.

Interessante anche la motivazione che la dottoressa fornisce a questa situazione: «il numero di interruzioni di gravidanza è in calo quindi anche con un 30% di medici che sono disponibili a fare delle certificazioni per gli aborti, questo è sufficiente a coprire la domanda»⁶⁷. A corredo delle informazioni utili a restituire il quadro completo delle possibilità che una donna si trova davanti nel momento in cui cerca risposte relativamente all'esercizio del diritto di autodeterminazione sul proprio corpo, si riporta come le quattro strutture ospedaliere pubbliche del territorio⁶⁸, le uniche – a norma di legge – in cui può essere praticata l'interruzione volontaria di gravidanza, prevedano tutte la possibilità di accedere all'aborto chirurgico, farmacologico e terapeutico.

5.2 Accesso alla contraccezione d'emergenza: il farmacista obiettore

La seconda parte di indagine ha preso avvio da un elemento emerso da alcune segnalazioni⁶⁹ e nel dibattito politico⁷⁰ sulla possibilità per i farmacisti di rientrare nelle categorie di coloro che hanno titolo a fare obiezione di coscienza per ciò che concerne la legge 194 quando si trovano davanti a richieste di contraccezione d'emergenza. Nonostante la situazione dal punto di vista normativo sia abbastanza chiara nel non includere altri se non le persone strettamente coinvolte nell'operazione

⁶⁷ Nonostante la giurisprudenza (Tar della Puglia 2010 e Tar del Lazio 2016) dica che nei consultori non è rilevante se uno fa obiezione di coscienza o meno, poiché l'obiezione riguarda solo l'intervento abortivo in sé, appare chiaro che il personale che opera quotidianamente nel servizio ha ben presente che la possibilità di incontrare un collega obiettore è molto concreta (A. CAMILLI, perché in Italia i medici obiettori sono così tanti, L'essenziale, 1 febbraio 2023, <https://www.essenziale.it/notizie/annalisa-camilli/2023/02/01/aborto-obiezione-di-coscienza-italia>).

⁶⁸ Ospedale Borgo Trento – Verona e Ospedale Borgo Roma – Verona, entrambi fanno riferimento all'Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata di Verona; Ospedale Sacro Cuore Don Calabria – Negrar; Ospedale Fracastoro – San Bonifacio. Il dato è stato rilevato attraverso una ricerca desk nei rispettivi siti internet.

⁶⁹ <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato8804796.pdf>

⁷⁰ Proposta di legge AC3805, *Disposizioni concernenti il diritto all'obiezione di coscienza per i farmacisti*, presentata alla Camera dai deputati Gigli e Sberna, 4 maggio 2016.

d'aborto, è interessante osservare se questa violazione del diritto all'autodeterminazione delle donne sia presente nella realtà.

Il lavoro di ricerca ha indagato undici farmacie del veronese⁷¹ per appurare quanto l'obiezione di coscienza si stia diffondendo fuori dai luoghi per cui è prevista, contagiando luoghi di assistenza e fornitura dei medicinali. La richiesta rivolta agli operatori della farmacia era per la cosiddetta "pillola del giorno dopo" (Ellaone oppure Norlevo) per una ragazza minorenni.

Nel complesso, nelle cinque farmacie della Valpantena visitate, le farmaciste, a fronte della richiesta di acquisto di Ellaone hanno fornito tutte le informazioni previste senza esprimere giudizi o porre domande non richieste. Spostandosi nelle farmacie di Verona città, la situazione si è rivelata più complessa. Una farmacista ha risposto che in nessun caso la pillola del giorno dopo può essere venduta senza ricetta, neanche alle donne maggiorenne. Pur non essendo stata esplicitata l'obiezione di coscienza (che sarebbe comunque *contra legem*), rimane aperto il fatto che un comportamento di questo tipo possa essere un ostacolo per qualche donna che cerca di accedere alla contraccezione d'emergenza, tanto più se minorenni. Nel corso della ricerca, sembra essere emersa una minore disponibilità al fornire risposte informative (nei consultori) o concrete (nelle farmacie) nei contesti privati e da parte di persone più anziane che, apparentemente, non erano rimaste aggiornate rispetto ai provvedimenti normativi.

6. Conclusioni

La riflessione qui presentata prende le mosse dalla convinzione che la salute delle donne sia tutelata solo in presenza di norme per le quali è garantita tanto l'effettività formale, quanto l'effettività sostanziale. La "procreazione cosciente e responsabile" cui fa riferimento l'articolo 1 della legge 194 del 1978 rinvia a un complesso di interventi che eccedono le specifiche procedure di interruzione chirurgica o farmacologica di gravidanze in essere per guardare alla costruzione di un contesto in cui viene data grande rilevanza anche alla diffusione di informazioni volte a permettere scelte consapevoli, a «conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile» (art. 2 legge 194/78).

Vi è dunque una significativa distanza tra ciò che formalmente l'applicazione della legge 194 del 1978 prevede e il godimento sostanziale del diritto da essa sancito. Alla luce di quanto fin qui esposto, emerge come siano due i macro fenomeni entro cui ricondurre le principali cause di questa discrasia. Vi è innanzitutto da evidenziarne un dato di progressiva erosione che mostra come l'effettività di questo diritto (ma è il caso di molti altri diritti civili) sia da presidiare e tutelare non solo nel momento di promulgazione della norma, ma anche in prospettiva. D'altro canto, l'effettività del diritto è tale solo se i servizi deputati a fornire le risposte sono in grado di applicarle.

Il primo ambito è quello più direttamente connesso all'evoluzione dell'interpretazione della legge 194, una norma sottoposta a sollecitazioni socio-politiche fin dai suoi esordi. Nella sua formulazione, infatti, prevede che vi sia sempre qualcuno autorizzato a chiedere alla donna le ragioni della sua de-

⁷¹ Cinque farmacie sono situate nella Valpantena (Grezzana, Quinto di Valpantena, Santa Maria in Stelle, Poiano, borgo di San Felice); le altre sei si trovano nel comune di Verona, tra centro città e periferie (Palazzina, Borgo Roma, Golosine, Santa Lucia, centro storico).

cisione, limitandosi a consentire l'aborto per ragioni di salute. Porta con sé inoltre un irricevibile conflitto tra autodeterminazione delle donne e "valore sociale della maternità" spinto all'estremo con la diffusione di dati fuorvianti, manipolati per ottenere consenso popolare⁷².

È in questo quadro che si inserisce il fenomeno dell'obiezione di coscienza. Come visto in precedenza la grande incidenza che contraddistingue gli ospedali italiani non sembra imputabile ai soli convincimenti profondi degli operatori sanitari, quanto piuttosto alle dinamiche gerarchiche all'interno dei reparti, alle scelte politiche e di carriera. Tanto è vero che nei consultori pubblici il fenomeno è decisamente più contenuto (fatte salve le differenze regionali e alcuni casi particolari). I problemi per i consultori riguardano piuttosto gli orari d'apertura, spesso necessariamente ridotto o con la presenza della ginecologa solo per qualche ora a settimana. Strettamente collegato a questo spettro di difficoltà vi sono i numerosi casi di incursioni, più o meno legittimate dalle normative regionali⁷³, dei movimenti antiabortisti nelle corsie dei reparti di ginecologia, il fenomeno dei cosiddetti "cimiteri dei feti" per cui i residui biologici dell'operazione di aborto vengono sepolti in aree cimiteriali dedicate all'insaputa della donna stessa⁷⁴ fino alle proposte di legge per modificare lo status giuridico del concepito⁷⁵.

Il secondo ambito è quello che riguarda le limitate capacità di risposta da parte del servizio sanitario a causa degli effetti degli interventi fatti sulla sanità in termini riorganizzativi e di tagli economici. Vi è dunque da considerare l'effetto del processo di aziendalizzazione, introduzione di approcci privatistici ed esternalizzazione che ha caratterizzato il servizio sanitario italiano dagli anni Novanta ad oggi e che ha portato ad impostare gli interventi sanitari entro un'ottica di ottimizzazione economica. Quando su questa impostazione sono ricaduti i tagli lineari stabiliti come politica d'intervento a seguito della crisi economica del 2010, l'approccio universalistico e la centralità del(la) paziente come persona sono state ulteriormente intaccate. Lo si è visto con lo scoppio della pandemia⁷⁶, ma lo è ancora di più oggi con la crisi di personale che sta attraversando la sanità anche a seguito dei due anni di Covid-19. Ad aggravare il peso di questa situazione vi è stato il passaggio di regionalizzazione che è andato amplificando le differenze tra le regioni, ma anche all'interno delle stesse con alcuni poli d'eccellenza, ma difficoltà diffuse per quanto riguarda la sanità territoriale.

A difesa del diritto di poter abortire sono oggi attivi i movimenti femministi e delle donne che, in Italia così come a livello internazionale, mantengono alta l'attenzione sui casi di cronaca così come sulle

⁷² La retorica fuorviante che esalta il legame tra l'aumento del tasso di natalità in Italia e la lotta all'aborto è tra i primi punti del manifesto della destra italiana in difesa della famiglia tradizionale e naturale. A questo proposito, il calo degli aborti in Italia è spiegabile alla luce di diversi fattori, in particolare il più alto tasso di istruzione e una maggiore diffusione dell'educazione sessuale e della conoscenza dei contraccettivi. L'introduzione della cosiddetta pillola del giorno dopo è stata fondamentale.

⁷³ A. CAMILLI, *I diritti delle donne sotto attacco in Umbria e nelle Marche*, Internazionale, 17 febbraio 2021: <http://bit.ly/3YdqekE>. Per quanto riguarda il primo caso veneto si veda: <http://bit.ly/3YBfr3i>.

⁷⁴ J. GUERRA, *La mappa dei "cimiteri dei feti", la violazione della privacy e altri misteri*, 2 ottobre 2020 <https://giulia.globalist.it/attualita/2020/10/02/la-mappa-dei-cimiteri-dei-feti-la-violazione-della-privacy-e-altri-misteri/>.

⁷⁵ <http://bit.ly/3RKqPHP>.

⁷⁶ A. BRAMUCCI, F. PRANTE, A. TRUGER, *Decades of Tight Fiscal Policy Have Left the Health Care System in Italy Ill-Prepared to Fight the COVID-19 Outbreak*, in *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, 55, 3, 2020, 147-152: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2020/number/3/article/decades-of-tight-fiscal-policy-have-left-the-health-care-system-in-italy-ill-prepared-to-fight-the-covid-19-outbreak.html>.

proposte di legge sia a livello locale sia a livello regionale⁷⁷. Come visto in precedenza, sono questi stessi movimenti ad occuparsi di mappare la realtà a fronte di un monitoraggio ufficiale insufficiente e soprattutto non utile alle donne che di questi servizi hanno bisogno, spesso con tempi molto stretti. Il tempo è oggi sufficientemente maturo per operare un cambiamento concreto per ciò che riguarda l'aborto, per riconoscere innanzitutto a livello culturale e sociale il diritto all'autodeterminazione dei corpi delle donne. La legge 194 è figlia del proprio tempo, necessita perciò di modifiche e aggiornamenti che rispecchino la realtà odierna togliendo il dibattito sul diritto all'aborto dall'ambito morale e religioso per radicarlo in quello dei diritti di salute e tutelare così il godimento sostanziale dei diritti delle donne⁷⁸.

Special issue

⁷⁷ Quarant'anni della legge sull'aborto in quattro grafici, Internazionale, 8 marzo 2018: <https://www.internazionale.it/bloc-notes/2018/03/08/aborto-legge-194-ivg>.

⁷⁸ K. FOX, V. DONATO, *Abortion is a right in Italy. For many women, getting one is nearly impossible*, CNN, October 2020: <https://edition.cnn.com/interactive/2019/05/europe/italy-abortion-intl/>.



