

***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.