

L'offensiva originalista contro l'aborto e le sue implicazioni. La Corte Suprema degli Stati Uniti dopo Trump

Stefano Luconi*

The originalist offensive against abortion and its implications. The U.S. Supreme Court after Trump

President Donald Trump's most significant legacy has probably been his contribution to the establishment of an originalist, rather than conservative, majority on the U.S. Supreme Court. By overturning *Roe v. Wade* in 2022 on the grounds that the U.S. Constitution does not confer a right to abortion in the framework of privacy protection, the originalism-oriented justices not only infringed women's reproductive rights but also paved the way for the denial other prerogatives.

Key words: Originalism, Corte Suprema degli Stati Uniti, Privacy, Aborto, *Roe v. Wade*, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

Parole chiave: Originalismo, U.S. Supreme Court, Privacy, Abortion, *Roe v. Wade*, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

Nell'ultimo discorso pronunciato da presidente, poco prima dell'ingresso di Joe Biden alla Casa Bianca, Donald Trump ha rivendicato tra i principali risultati del proprio mandato la designazione di «three great Supreme Court justices»¹. La valutazione di un giurista è un'operazione quanto mai soggettiva. Però, tra tutte le millanterie di Trump, senza dubbio le nomine di Neil M. Gorsuch nel 2017, Brett M. Kavanaugh nel 2018 e Amy Coney Barrett nel 2020 costituiscono nel complesso uno dei principali lasciti della sua amministrazione, se non addirittura il maggiore in senso assoluto. Da un lato, il loro ingresso alla Corte Suprema ha consolidato l'orientamento conservatore del principale tribunale federale, che dal 1803 si è attribuito la funzione di stabilire la costituzionalità delle leggi. Dall'altro, questo allineamento è destinato

* DiSSGeA, via del Vescovado 30, 35141 Padova; stefano.luconi@unipd.it

¹ D. Trump, *Final Farewell Speech at Joint Base Andrews*, «Newsweek», 20 gennaio 2021 (www.newsweek.com/read-full-text-donald-trumps-final-farewell-speech-joint-base-andrews-1563052). Per tutte le pagine Internet, l'ultimo accesso è stato effettuato il 27 novembre 2022.

a permanere a lungo, perché la carica di giudice può essere mantenuta a vita e i prescelti di Trump erano relativamente giovani al momento dell'insediamento: 49 anni per Gorsuch, 53 per Kavanaugh e 48 per Barrett. Soprattutto, grazie alla nuova composizione, la Corte Suprema è riuscita a raggiungere un obiettivo che l'America più reazionaria e bigotta aveva perseguito senza successo per quasi cinquant'anni: annullare la tutela del diritto delle donne statunitensi all'interruzione volontaria della gravidanza (IVG), che era stata sancita dalla sentenza *Roe v. Wade* nel 1973². Inoltre, le motivazioni giurisprudenziali del rovesciamento di questo verdetto hanno posto le premesse per cancellare in futuro altri diritti civili che la Corte Suprema aveva riconosciuto nel mezzo secolo precedente.

Nei quattro anni trascorsi da Trump nello Studio Ovale la Corte Suprema, che è costituita in totale da 9 membri, ha visto scendere il numero di quelli selezionati da presidenti democratici da 4 a 3, a vantaggio di quelli che hanno ricevuto l'investitura dagli inquilini repubblicani della Casa Bianca, saliti a 6. Nondimeno la significatività del cambiamento provocato da Trump non è rappresentata dal mero aumento dei giudici di investitura repubblicana. Infatti, 5 dei 7 componenti che avevano emesso *Roe* erano stati nominati da presidenti repubblicani. In particolare, l'estensore materiale delle argomentazioni del verdetto, Harry Blackmun, era stato designato da Richard M. Nixon. Parimenti i 5 voti per confermare il diritto all'IVG nel 1992 con *Planned Parenthood v. Casey* erano venuti da membri che dovevano la carica ad altri repubblicani³. Inoltre, ancora nella primavera del 2022, il presidente della Corte Suprema, John G. Roberts Jr., scelto da George H. Bush e assertore di una strategia di gradualismo nella revisione dei precedenti a salvaguardia dell'autorevolezza del massimo tribunale federale, si era detto contrario a invalidare *Roe*. Temeva, infatti, che il capovolgimento di sentenze emesse in passato avrebbe potuto causare una crisi di legittimità per il corpo giudicante stesso⁴. Del resto, nella causa *June Medical Services v. Russo* del 2020, Roberts si era schierato con gli allora 4 giudici progressisti della Corte Suprema contro la costituzionalità di una legge della Louisiana che, per ostacolare il ricorso all'IVG col pretesto di proteggere l'incolumità delle donne da personale poco qualificato, aveva prescritto che i medici abortisti dovessero fare parte dello staff permanente della struttura ospedaliera presso cui intendevano svolgere gli interventi e non potessero quindi lavorarvi come sanitari esterni. La sua motivazione era che il verdetto doveva essere coerente con quello emesso

² Tutte le sentenze della Corte Suprema citate sono consultabili sul sito <https://supreme.justia.com>.

³ N.E.H. Hull-PC. Hoffer, *Roe v. Wade. The Abortion Right Controversy in American History*, UP of Kansas, Lawrence 2001, pp. 152-79, 242-58.

⁴ A. Liptak, *Chief Justice Loses Power to Pursue Incremental Approach*, «New York Times», ed. internazionale, 27 giugno 2022, p. 7.

quattro anni prima per bocciare un provvedimento simile del Texas (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*)⁵. Era un'applicazione della dottrina dello *stare decisis* (il principio di seguire i precedenti giudiziari nel pronunciare sentenze su casi analoghi tra loro, tipico dei sistemi giuridici di *common law* come si configurano gli Stati Uniti) alla quale Roberts aveva dichiarato di volersi uniformare nelle audizioni per la propria conferma alla presidenza della Corte Suprema nel 2005⁶.

Date queste premesse, l'aspetto più rilevante del rimodellamento della Corte Suprema operato da Trump è stato il contributo alla creazione di una maggioranza originalista formata, oltre che dai tre giudici che ha nominato, anche da Clarence Thomas e Samuel Alito. È stato l'originalismo a determinare il ribaltamento di *Roe* ed è questa medesima filosofia giuridica che mette a repentaglio altri diritti civili.

Secondo gli originalisti, la Costituzione deve essere applicata alla luce del suo testo letterale, senza tenere conto di interpretazioni basate sulle trasformazioni intercorse nella società statunitense. Tale lettura si è precisata dall'inizio degli anni '70 del secolo scorso e ha iniziato ad affermarsi alla metà del decennio successivo, a opera soprattutto di Robert H. Bork, procuratore generale pro tempore degli Stati Uniti dal 1973 al 1974 e giudice della Corte federale di appello per il distretto di Columbia dal 1982 al 1988⁷. Grazie alla rivendicazione di una stretta aderenza al significato testuale della Costituzione e dei suoi emendamenti, l'originalismo è divenuto lo strumento per contestare la legittimità di alcuni verdetti progressisti emessi in precedenza dalla Corte Suprema in nome della tutela della privacy. A essere contestati sono stati, in particolare, non solo *Roe*, ma anche *Griswold v. Connecticut* del 1965⁸. Il primo riconobbe il diritto all'IVG nei primi tre mesi dal concepimento, un periodo prolungato poi fino al momento in cui il feto è in grado di sopravvivere fuori dall'utero – collocabile intorno alla ventitreesima settimana – con *Planned Parenthood v. Casey* nel 1992⁹. Il secondo verdetto legalizzò l'utiliz-

⁵ D. Fox-I.G. Cohen-E.Y. Adashi, *June Medical Services v. Russo. The Future of Abortion Access in the U.S.*, «JAMA Health Forum», 14 settembre 2020 (<https://jamanetwork.com/journals/jama-health-forum/fullarticle/2770774>).

⁶ U.S. Senate, 109th Congress, 1st Session, *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States*, U.S. Government Printing Office, Washington 2005, p. 144. Per la questione dei presunti limiti nell'applicabilità della dottrina dello *stare decisis* a *Roe*, cfr., ad es. R.B. Dworkin, *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana UP, Bloomington 1996, pp. 43-47.

⁷ R.H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, «Indiana Law Journal», 47 (1971), n. 1, pp. 1-35. Per un'elaborazione più articolata cfr. Id., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Simon & Schuster, New York 1990, pp. 133-265.

⁸ C.H. Peters, *Originalism, Stare Decisis, and Constitutional Authority*, in Id. (ed.), *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer, New York 2013, p. 197.

⁹ Cfr. D.J. Garrow, *Liberty and Sexuality. The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, University of California Press, Berkeley 1998.

zazione dei contraccettivi da parte delle coppie sposate, poi consentita a qualsiasi individuo adulto nel 1972 ed estesa anche ai minori nel 1977¹⁰.

La critica degli originalisti a tutti questi provvedimenti verteva sulla constatazione che la Costituzione non menziona in maniera esplicita la privacy tra le prerogative individuali, ma la Corte Suprema ne aveva evinto l'esistenza da una specifica interpretazione di un comma del XIV emendamento, che vieta agli Stati dell'Unione di privare una persona della libertà «senza un processo nelle dovute forme di legge»¹¹, nonché del IX emendamento, per il quale il popolo può essere titolare di diritti non elencati espressamente nella carta. Secondo gli originalisti, i giudici avevano ritenuto erroneamente che il concetto di libertà protetto dall'interferenza degli Stati fosse talmente ampio da comprendere le decisioni private (cioè la privacy) – tra le quali avevano incluso la scelta di impiegare contraccettivi e quella di terminare o meno una gravidanza – e avevano così attribuito arbitrariamente veste costituzionale a un principio che aveva solo una base legale¹².

Bork fu designato da Ronald Reagan alla Corte Suprema nel 1987, ma il Senato si rifiutò di confermarne la nomina, non solo per il ruolo che aveva svolto nello scandalo Watergate (si era prestato a destituire il procuratore speciale incaricato di indagare su Nixon) ma anche per l'anacronismo della sua visione giurisprudenziale¹³. L'originalismo trovò così il suo più autorevole propugnatore in Antonin Scalia, che Reagan aveva assegnato alla Corte Suprema l'anno precedente, questa volta con l'avallo del Senato¹⁴. Al momento del suo ingresso nel tribunale, vi sedeva già un giudice con una filosofia simile, William H. Rehnquist, elevato da Reagan alla presidenza della Corte Suprema contemporaneamente alla nomina di Scalia¹⁵. Pur influente, però, la posizione degli originalisti rimase minoritaria anche quando alla loro voce si aggiunse quella di altri giudici con posizioni analoghe: Thomas nel 1991 e Alito nel 2006, sebbene quest'ultimo abbia cercato di ridimensionare il proprio orientamento presentandosi come un originalista «practical»¹⁶.

¹⁰ Cfr. J.W. Johnson, *Griswold v. Connecticut. Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, UP of Kansas, Lawrence 2005.

¹¹ *La Costituzione degli Stati Uniti*, a cura di F. Tonello, Bruno Mondadori, Milano 2010, p. 127.

¹² S.G. Calabresi, *A Critical Introduction to the Originalism Debate*, in Id. (ed.), *Originalism. A Quarter Century of Debate*, Regnery, Washington 2007, p. 24.

¹³ Cfr. D.J. Danelski, *Ideology as a Ground for the Rejection of the Bork Nomination*, «Northwestern University Law Review», 84 (1990), nn. 3-4, pp. 900-20.

¹⁴ Cfr. D.A. Schultz-C.E. Smith, *The Jurisprudential Vision of Antonin Scalia*, Rowan & Littlefield, Lanham (Md) 1996.

¹⁵ W.H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, «Texas Law Review», 54 (1976), n. 4, pp. 693-706.

¹⁶ Cfr. B.P. Jacob, *Will the Real Constitutional Originalist Please Stand Up?*, «Creighton Law Review», 40 (2007), n. 3, pp. 595-650; N.S. Siegel, *The Distinctive Role of Justice Samuel Alito: From a Politics of Restoration to a Politics of Dissent*, «Yale Law Journal Forum», 126 (2016-17), pp. 164-76 (cit. a p. 166).

Furono, comunque, di stampo originalista due sentenze sulla incostituzionalità di ordinanze locali del distretto di Columbia e della città di Chicago che vietavano la detenzione di pistole, salvo nel caso di agenti delle forze dell'ordine in servizio o in pensione, e imponevano che i fucili fossero conservati scarichi, smontati o con il grilletto bloccato da una sicura¹⁷. In entrambi i casi, *District of Columbia v. Heller* del 2008 e *McDonald v. City of Chicago* del 2010, con l'esigua maggioranza di 5 voti contro 4, incurante delle periodiche stragi di innocenti compiute da folli armati, la Corte Suprema concluse che il possesso di pistole e fucili era un diritto individuale inalienabile che non poteva essere «violato»¹⁸, in ragione di quanto stabilito letteralmente dal II emendamento, ratificato nel lontanissimo 1791, come se la capacità di fuoco di un odierno fucile semiautomatico fosse analoga a quella di un moschetto settecentesco.

La svolta concreta verso una giurisprudenza originalista si è avuta con l'immissione dei 3 giudici voluti da Trump. Il principale passo in tal senso non è stato tanto *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* che, il 23 giugno 2022, ha annullato una legge dello Stato di New York risalente a oltre un secolo prima, che subordinava al rilascio di una autorizzazione la possibilità di portare in luoghi pubblici un'arma tenuta nascosta. La sentenza, infatti, non ha cancellato un diritto esistente. Si è limitata a estendere una prerogativa – per quanto opinabile, anche alla luce del fatto che appena un mese prima un diciottenne armato con un fucile semiautomatico aveva massacrato 19 studenti e 2 insegnanti di una scuola elementare di Uvalde in Texas – che era già stata affermata in ambito federale nel 2008 e nel 2010. A segnare un cambiamento radicale è stato piuttosto il verdetto *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, reso pubblico il giorno successivo. La Corte Suprema era stata chiamata a pronunciarsi su una legge del Mississippi che proibiva l'IVG dopo la quindicesima settimana dal concepimento, prevedendo come unica eccezione il rischio di morte per la madre ed escludendo lo stupro e l'incesto, anche qualora la vittima fosse una minore.

In base al principio della deferenza verso i precedenti, che ne aveva determinato due anni prima la posizione in *June Medical Services v. Russo*, Roberts avrebbe voluto che la Corte Suprema si limitasse a stabilire la costituzionalità del provvedimento del Mississippi, in modo da assicurare il mantenimento del diritto all'IVG, sia pure in un arco di tempo molto più ristretto rispetto a quanto deciso nel 1992¹⁹. Invece, in nome dell'originalismo,

¹⁷ L.B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, «Northwestern University Law Review», 103 (2009), n. 2, pp. 923-82.

¹⁸ *La Costituzione degli Stati Uniti* cit., p. 117.

¹⁹ J. Fritze, *Roberts Tried to Persuade Rest of Supreme Court to Keep Row v. Wade in Place*, «USA Today», 26 luglio 2022 (<https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2022/07/26/chief-justice-john-roberts-supreme-court-abortion/10154716002/>).

la maggioranza dei giudici (Alito, Barrett, Gorsuch, Kavanaugh e Thomas) ha deliberato in senso più radicale, cancellando *tout court Roe*. Il nuovo verdetto, redatto da Alito, è partito dalla constatazione che quello del 1973 era «vergognosamente sbagliato fin dall'inizio», dal momento che «la Costituzione non fa alcun riferimento all'aborto e nessun diritto di tal genere è implicitamente protetto da una qualche norma costituzionale». La tutela dell'IVG era estranea sia ai costituenti del 1787 sia agli estensori del XIV emendamento nel 1866. L'IVG avrebbe dovuto, pertanto, tornare a essere una materia di competenza dei «rappresentanti eletti dal popolo» e, quindi, in assenza di una normativa federale, delle assemblee legislative dei singoli Stati²⁰. L'argomentazione rispecchiava quasi alla lettera quanto sostenuto in precedenza da Bork²¹. Del resto, secondo il «New York Times», Alito avrebbe lavorato al ribaltamento di *Roe* fin da quando era un avvocato del Dipartimento di Giustizia nell'amministrazione Reagan alla metà degli anni '80²².

In linea di principio la sentenza non comporta precludere l'IVG. Significa rimuovere il divieto che dal 1973 aveva impedito agli Stati di metterla fuori legge. Di fatto, però, implica creare le condizioni giuridiche perché i singoli Stati tornino a rendere l'IVG un crimine. Questo esito era inevitabile e noto, tanto che ben 13 Stati dell'Unione (Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah e Wyoming) avevano già da tempo approvato provvedimenti legislativi che in genere autorizzavano il solo aborto terapeutico, esclusivamente al fine di preservare la salute della madre, e sarebbero divenuti esecutivi in maniera automatica se la Corte Suprema avesse restituito loro il potere di regolamentare l'accesso all'IVG²³. Con questa premessa, era anche facilmente prevedibile che sarebbe venuto meno il principio delle pari opportunità per le donne statunitensi: la residente di uno Stato che avesse vietato l'aborto sarebbe stata costretta a recarsi in un altro Stato per poter interrompere legalmente la gravidanza, con tutti i costi e le difficoltà conseguenti al divieto, a differenza delle appartenenti a uno Stato in cui l'IVG continua a essere consentita, configurando così una vera e propria discriminazione fra cittadine dell'Unione. Una conferma di tale sperequazione si è avuta nelle settimane successive alla sentenza con la diffusione della notizia che, per abortire, una bambina di 10 anni vittima di uno stupro era stata costretta a spostarsi dall'Ohio, che si

²⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022) (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392>).

²¹ R.H. Bork, *The Tempting of America* cit., pp. 3, 114.

²² C. Savage, *Decades Ago, Alito Laid Out Methodical Strategy to Eventually Overrule Roe*, «New York Times», 25 giugno 2022 (www.nytimes.com/2022/06/25/us/politics/samuel-alito-abortion.html).

²³ J. Jiménez, *What Is a Trigger Law? And Which States Have Them?*, «New York Times», 4 maggio 2022 (www.nytimes.com/2022/05/04/us/abortion-trigger-laws.html).

era precipitosamente aggiunto agli Stati restrizionisti, all'Indiana²⁴. La disparità non è solo geografica, ma socio-economica ed etno-razziale, in quanto colpisce soprattutto le donne appartenenti alle minoranze, nere e ispaniche in primo luogo, generalmente dotate di minori disponibilità finanziarie per spostarsi. Si stima che almeno 30 milioni di donne saranno costrette ad andare in un altro Stato per abortire, a un costo medio di \$400 per le sole spese di trasporto²⁵.

Dobbs non è stato il primo caso in cui la Corte Suprema ha rovesciato un proprio verdetto precedente. L'esempio più significativo fu *Brown v. Board of Education of Topeka* che integrò le scuole pubbliche nel 1954, invalidando la dottrina del «separati ma eguali» elaborata in *Plessy v. Ferguson* del 1896, su cui si fondava *Cumming v. Board of Education of Richmond County* del 1899, con il quale i giudici avevano stabilito la costituzionalità della segregazione scolastica a condizione che gli studenti bianchi e quelli afroamericani fruissero di un insegnamento di qualità analoga. Un altro verdetto significativo fu *West Coast Hotel v. Parrish* che, nel 1937, legittimò i minimi salariali, capovolgendo il principio della libertà di contratto, formulato in *Lochner v. New York* del 1905 a favore degli imprenditori, per cassare una legge sull'orario lavorativo massimo. Tuttavia, la Corte Suprema nel 1937 e nel 1954 si era avvalsa dell'annullamento di precedenti giudiziari per estendere la sfera di due diritti, quello dell'accesso all'istruzione e quello della tutela dei lavoratori. Invece, il 24 giugno 2022 ha fatto ricorso a questa procedura per autorizzare gli Stati a muoversi in direzione opposta, limitando in maniera significativa un diritto ormai consolidato da tempo, quello delle donne all'IVG.

La posizione dei giudici nel 1954 rispecchiò un cambiamento dell'opinione pubblica che, soprattutto nel Nord, aveva visto un aumento significativo degli americani favorevoli all'integrazione scolastica, cresciuti dal 40% al 61% negli anni a cavallo della seconda guerra mondiale²⁶. Invece, la sentenza sull'IVG è andata in controtendenza rispetto all'orientamento degli statunitensi. Infatti, dopo aver oscillato tra il 45% e il 50% nel corso nel decennio precedente, il mese precedente l'emissione del verdetto, la percentuale dei favorevoli alla libertà di aborto aveva raggiunto il 55%, il valore più alto dal 1995, quando si era attestata sul 56%²⁷. Del resto, nel primo referendum

²⁴ S. Burga, *How a 10-Year-Old Victim Who Traveled for an Abortion Became Part of a Political Firestorm*, «Time», 15 luglio 2022 (<https://time.com/6198062/rape-victim-10-abortion-indiana-ohio>).

²⁵ S. Luthra, *Abortions Are Now Harder to Access*, «The 19th News(letter)», 29 giugno 2022 (<https://19thnews.org/2022/06/abortion-cost-inflation-travel-gas-airfare-medical-supplies>).

²⁶ Cfr. J.T. Paterson, *Brown v. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Roots*, Oxford UP, New York 2001, p. 7.

²⁷ L. Saad, «Pro Choice» Identification Rises to Near Record High in the U.S., «Gallup News Service», 2 giugno 2022 (<https://news.gallup.com/poll/389087/abortion-laws-unsettling-americans-2022.aspx>).

popolare indetto dopo *Dobbs*, gli elettori del Kansas hanno respinto la cancellazione del diritto all'IVG dalla Costituzione dello Stato con circa il 60% dei voti²⁸. La stessa considerazione sulla discrasia tra la Corte Suprema e l'opinione pubblica vale per la sentenza del 23 giugno 2022 sul porto d'armi, visto che, dopo l'eccidio di Uvalde, il 62% degli statunitensi avrebbe voluto la messa al bando della vendita delle armi semiautomatiche e il 60% una normativa comunque più rigida sull'accesso a fucili e pistole²⁹. Non a caso, dopo i verdeti del 2022, il tasso di approvazione dell'operato della Corte Suprema presso gli statunitensi è crollato al 48%, rispetto al 70% dell'agosto di due anni prima. A fare la differenza nella percezione negativa complessiva da parte degli americani sono state le donne, critiche per il 51% contro il 46% degli uomini³⁰.

La contrapposizione tra giurisprudenza e opinione pubblica non rappresenta un problema per gli originalisti, in quanto il loro obiettivo è proprio quello di svincolare le sentenze dalle trasformazioni della società americana per lasciarle ancorate alla visione coeva alla stesura della Costituzione e dei suoi emendamenti. Esistono, però, alcuni anacronismi nella loro posizione. Per quanto riguarda il II emendamento ne viene ignorato il preambolo «Essendo necessaria, per la sicurezza di uno Stato libero, una milizia ben organizzata»³¹. Queste parole indurrebbero a concludere che nel 1791 si intendesse affermare non il diritto degli individui a detenere pistole e fucili, bensì quello dei singoli Stati a mantenere una milizia armata. Legittimare la condizione dei cittadini in armi era conforme allo spirito della fine del '700 in una nazione che aveva subito in prima persona i soprusi e le violenze dei soldati britannici alla vigilia della guerra d'indipendenza e considerava, pertanto, gli eserciti permanenti come lo strumento di un governo dispotico. Non a caso, l'emendamento successivo, il III, ratificato anch'esso nel 1791, vieta l'acquartieramento delle truppe nelle abitazioni private in tempo di pace, cioè una delle ritorsioni attuate dal Parlamento inglese contro gli abitanti del Massachusetts dopo il Boston Tea Party del 16 dicembre 1773³². Inoltre, è del tutto ovvio che il XIV emendamento avesse ignorato i diritti riproduttivi in un'epoca in cui le prerogative della cittadinanza delle donne erano limitate

²⁸ A. Gowen-C. Itkowitz, *Kansas Resoundingly Rejects Amendment Aimed at Restricting Abortion Rights*, «Washington Post», 2 agosto 2022 (www.washingtonpost.com/nation/2022/08/02/kansas-abortion-referendum/).

²⁹ M. Pengelly, *Nearly Half of Republicans Think U.S. Has to Live with Mass Shootings*, «The Guardian», 6 giugno 2022 (www.theguardian.com/us-news/2022/jun/06/us-mass-shootings-republicans-poll).

³⁰ Pew Research Center, *Positive Views of Supreme Court Decline Sharply Following Abortion Ruling*, 1 settembre 2022 (www.pewresearch.org/politics/2022/09/01/positive-views-of-supreme-court-decline-sharply-following-abortion-ruling/).

³¹ *La Costituzione degli Stati Uniti* cit., p. 117.

³² J. Wexler, *The Odd Clauses. Understanding the Constitution Through Ten of Its Most Curious Provisions*, Beacon, Boston 2011, p. 184.

dall'impossibilità di considerarle soggetti politici per l'assenza del suffragio femminile³³. Gli Stati Uniti odierni, tuttavia, non sono più un riflesso di tale situazione, dal momento che le donne hanno acquisito il voto da oltre un secolo. Come il senatore Edward Kennedy obiettò a Bork durante le audizioni per la sua conferma alla Corte Suprema nel 1987, l'interpretazione letterale del XIV emendamento avrebbe comportato tornare indietro a quando le donne erano «second-class citizens»³⁴. Di contro, in una sorta di trasformazione del riconoscimento dei diritti, negati alle donne per essere attribuiti ad altri, in un gioco a somma zero la critica di Alito alla tesi che la Costituzione non conferirebbe al feto «the most basic human right – to live» potrebbe incoraggiare gli Stati a considerare perfino l'embrione come una persona, accogliendo una richiesta del movimento *pro life*³⁵. D'altro canto, in *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky*, già nel 2019 la Corte Suprema confermò una legge dell'Indiana – promulgata nel 2016 dal governatore Mike Pence, futuro vicepresidente di Trump – che obbligava a seppellire o a cremare i feti abortiti come se si trattasse delle salme di persone.

Però, la contraddizione più eclatante degli originalisti riguarda l'attivismo giudiziario. A partire dagli anni '70 avevano stigmatizzato l'operato della Corte Suprema che, nell'allargare la sfera dei diritti non riconosciuti esplicitamente nella Costituzione, si sarebbe sostituita alle istituzioni elettive nel governare il paese³⁶. Non a caso, *Brown* era stato seguito nel Sud dalla richiesta dell'*impeachment* per abuso di potere del giudice Earl Warren, suo estensore e presidente della Corte Suprema, per essersi sovrapposto alle assemblee legislative statali nel deliberare in materia di istruzione, violando la sovranità popolare³⁷. Tuttavia con *Dobbs* i giudici si sono gettati a capofitto nelle guerre culturali, cioè nella politicizzazione dei conflitti sui valori etici che da tempo stanno lacerando gli Stati Uniti, contribuendo a un'ulteriore polarizzazione della società americana e all'acuirsi della violenza degli scontri al suo interno a tal punto che osservatori un po' allarmisti e inclini al sensazionalismo hanno iniziato a ventilare il rischio di una nuova guerra civile³⁸. Ha trovato anche

³³ Cfr. J. Lepore, *Queste verità. Una storia degli Stati Uniti d'America*, Rizzoli, Milano 2020, pp. 729-30 (ed. or. W.W. Norton, New York 2018).

³⁴ U.S. Senate 100th Congress, 1st Session, *Hearing on the Nomination of Robert H. Bork to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, U.S. Government Printing Office, Washington 1987, p. 134.

³⁵ Cfr. C.R. Daniels, *At Women's Expense. State Power and the Politics of Fetal Rights*, Harvard UP, Cambridge (Ma) 1993.

³⁶ Cfr. R. Berger, *Government by the Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard UP, Cambridge (Ma) 1977.

³⁷ Cfr. M.C. Miller, *The View of the Courts from the Hill. Interactions between Congress and the Federal Judiciary*, University of Virginia Press, Charlottesville 2009, p. 70.

³⁸ D. McManus, *After Roe v. Wade Reversal a New War between the States*, «Los Angeles Times», 3 luglio 2022 (www.latimes.com/politics/story/2022-07-03/war-between-states-supreme-court-roe); S. Marche, *With the End of Roe, the U.S. Edges Closer and Closer to*

conferma il paradosso ventilato da Eric J. Segall già nel 2018: la Corte Suprema manifesta quello stesso difetto che proprio l'originalismo di Bork avrebbe voluto superare perché produce una giurisprudenza segnata da motivazioni ideologiche, anziché da considerazioni giuridiche, sebbene oggi siano di natura conservatrice rispetto alla matrice progressista del passato³⁹.

La formazione di una maggioranza originalista alla Corte Suprema ha indubbiamente favorito l'attivismo giudiziario. A questo sviluppo, però, ha contribuito pure la semi-paralisi delle istituzioni federali elettive. Il riemergere della frattura interna al Partito democratico tra un'ala moderata e una progressista, una volta messa alle spalle l'effimera collaborazione per sbarrare a Trump la via della rielezione nel 2020, l'analogo spaccatura dei repubblicani tra trumpiani e anti-trumpiani, l'exasperante rallentamento dell'attività legislativa in un Senato dove i due schieramenti hanno detenuto lo stesso numero di seggi fino al 2023 e la snervante cautela dell'amministrazione Biden nell'assumere una qualsiasi iniziativa che non fosse il precipitoso ritiro dall'Afghanistan hanno creato le condizioni affinché una Corte Suprema dinamica aspirasse a esercitare una funzione di supplenza politica. La titubanza della Casa Bianca nell'affrontare sentenze da cui aveva preso apertamente le distanze hanno confermato l'impasse istituzionale nel quale i giudici si sono incuneati. Per esempio, il presidente Biden – sebbene sia *pro choice*, nonostante la sua fede cattolica⁴⁰ – si è ben guardato dal promulgare un ordine esecutivo per escludere dagli appalti federali le industrie belliche che avessero proseguito a fornire fucili d'assalto ai civili oppure per imporre una moratoria sulla loro vendita, come invece richiesto dai sostenitori dei controlli sulle armi⁴¹. Né ha acconsentito all'invito ad aprire strutture per praticare l'IVG all'interno di proprietà federali, come basi militari e ospedali per i veterani, negli Stati che hanno limitato l'aborto⁴².

Si è anche riproposta un'impasse legislativa al Congresso dopo che alcuni senatori hanno presentato un disegno di legge bipartisan di compromesso per cercare di proteggere gli aspetti fondamentali dell'IVG. La proposta prevede di vietare agli Stati di imporre non meglio specificati «ostacoli eccessivi» all'aborto prima che il feto raggiunga la capacità di sopravvivere fuori dall'u-

Civil War, «The Guardian», 26 giugno 2022 (www.theguardian.com/commentisfree/2022/jun/26/second-civil-war-us-abortion).

³⁹ Cfr. E.J. Segall, *Originalism as Faith*, Cambridge UP, New York 2018.

⁴⁰ Cfr. M. Faggioli, *Joe Biden e il cattolicesimo negli Stati Uniti*, Morcelliana, Brescia 2021, pp. 63-67.

⁴¹ M. Beals, *Biden: No Plans for Executive Order on Guns*, «The Hill», 9 giugno 2022 (<https://thehill.com/homenews/administration/3517058-biden-no-plans-for-executive-order-on-guns>); T.L. O'Brien, *An Executive Order That Might Actually Stop Gun Violence*, «Bloomberg Opinion», 16 giugno 2022 (www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-16/congress-gun-control-deal-isn-t-enough-biden-should-issue-an-executive-order).

⁴² S.G. Stolberg-C. Savage, *Biden's Health Secretary «No Magic Bullet» for Preserving Abortion Access*, «New York Times», 28 giugno 2022 (www.nytimes.com/2022/06/28/us/politics/biden-abortion-roe.html).

tero, ma consente loro di porre altrettanto imprecisate limitazioni «ragionevoli» nelle settimane successive. Tuttavia la misura è stata di fatto insabbiata perché ritenuta troppo conservatrice dai democratici ed eccessivamente progressista dai repubblicani⁴³. L'ipotesi di una legge federale per tutelare l'IVG, però, ha provocato una significativa mobilitazione politica femminile: il 60% delle donne di età compresa tra i 18 e i 49 anni si è dichiarato «more motivated» a votare nelle elezioni di metà mandato per il Congresso del 2022⁴⁴. Una piccola anticipazione si è avuta in agosto quando, sull'onda dell'incremento della partecipazione femminile, il democratico Pat Ryan – *pro choice* – ha sorprendentemente sconfitto il repubblicano Marc Molinaro – inizialmente più quotato, ma *pro life* – in un'elezione suppletiva per il seggio alla Camera del distretto della Hudson Valley, tradizionalmente conservatore⁴⁵. Poi, a novembre, con 6 elettori su 10 scontenti del rovesciamento di Roe, il sostegno all'IVG nelle urne ha aiutato i democratici a conquistare la maggioranza al Senato e ha contribuito a frenare l'avanzata dei repubblicani alla Camera.

L'attivismo giudiziario sull'IVG rivela pure che l'obiettivo ultimo della maggioranza della Corte Suprema è quello di imporre una propria condotta etica attraverso l'autorizzazione di misure coercitive sui comportamenti individuali. Neppure tale intento appare sorprendente. Il principale teorico dell'originalismo, infatti, nel 1996 aveva denunciato come la depenalizzazione dell'aborto, l'omosessualità, il femminismo, la legittimazione della pornografia in nome della libertà d'espressione e il progressismo in generale fossero fattori di una corruzione ineluttabile che stava provocando il declino degli Stati Uniti e la loro trasformazione in una nuova Gomorra⁴⁶. L'inversione di questa tendenza è stata perseguita attraverso l'inserimento di giudici che condividessero analoghe convinzioni all'interno della Corte Suprema: un progetto che ha visto il suo coronamento con la nomina dell'ultracattolica Barrett che, oltre a condividere la filosofia giuridica di Scalia, ne era stata anche assistente⁴⁷.

⁴³ N. Weixel, *Bipartisan Senators Introduce Bill to Codify Abortion Rights*, «The Hill», 1 agosto 2022 (<https://thehill.com/policy/healthcare/3583172-bipartisan-senators-introduce-bill-to-codify-abortion-rights/>).

⁴⁴ S. Friss, *Game on*, «Newsweek», ed. internazionale, 26 agosto 2022, p. 31.

⁴⁵ K. Glueck, *N.Y. Special Election Shows Power of Abortion Debate to Move Democrats*, «New York Times», 24 agosto 2022 (www.nytimes.com/2022/08/24/us/politics/ny-special-election-abortion.html); L. Gambino, *How the Fall of Roe Shattered Republicans' Midterm Dreams*, «The Guardian», 12 novembre 2022 (www.theguardian.com/us-news/2022/nov/11/abortion-midterm-elections-republicans-women-voters).

⁴⁶ R.H. Bork, *Slouching Towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline*, Regan Books, New York 1996.

⁴⁷ L. Greenhouse, *Justice on the Brink. The Death of Ruth Bader Ginsburg, the Rise of Coney Barrett, and Twelve Months That Transformed the Supreme Court*, Random House, New York 2021; E. Chemerinsky, *Worse Than Nothing. The Dangerous Fallacy of Originalism*, Yale UP, New Haven (Ct) 2022.

Nella prospettiva di una volontà di imporre forzosamente una propria concezione morale della vita agli americani, è ipotizzabile che l'attivismo della Corte Suprema potrebbe non fermarsi all'IVG. Nell'esporre il parere della maggioranza, dall'alto del suo originalismo «pragmatico» il giudice Alito ha voluto precisare che *Dobbs* «riguarda il diritto costituzionale all'aborto e nessun altro diritto. Niente in questo verdetto deve essere interpretato in modo da mettere in discussione precedenti che non concernono l'aborto». Tuttavia, originalisti più radicali vorrebbero estendere il revisionismo giurisprudenziale ad altri diritti civili che sono stati riconosciuti dalla Corte Suprema sulla base di quella stessa interpretazione del XIV emendamento su cui si era retto *Roe*. In particolare, sulla falsariga delle critiche già mosse da Bork alla presunta «creazione» del concetto di privacy nell'interpretare la Costituzione e all'estensione a campi come il comportamento sessuale⁴⁸, nella sua opinione a sostegno della maggioranza in *Dobbs* il giudice Thomas ha sostenuto che le stesse argomentazioni che hanno portato a ribaltare la sentenza del 1973 inducono a negare l'esistenza costituzionale di altri diritti riconosciuti da precedenti verdetto della Corte Suprema «palesamente sbagliati», quali accedere ai contraccettivi nonché avere rapporti sessuali e contrarre matrimonio con persone dello stesso genere. A salvarsi dall'offensiva preannunciata da Thomas contro la protezione costituzionale dei diritti civili affermatasi nell'ultimo mezzo secolo è stata solo la sentenza *Loving v. Virginia*, con la quale nel 1967 la Corte Suprema ha stabilito l'incostituzionalità delle leggi statali che vietavano i connubi interraziali, probabilmente per un mero fatto autobiografico: la moglie di Thomas, afroamericano, è bianca.

Con buona pace dell'iniziale intenzione di ottemperare alla dottrina dello *stare decisis*, Roberts ha finito per sostenere la maggioranza su *Dobbs*, sia pure con alcuni distinguo, per non venire associato alla minoranza dei giudici progressisti⁴⁹. Nel suo parere in appoggio alla sentenza di Alito, Kavanaugh ha tenuto a precisare, in merito al riconoscimento costituzionale di altri diritti civili basati sul principio della privacy, che «Overruling *Roe* does not mean the overruling of those precedents, and does not threaten or cast doubt on those precedents». Durante le audizioni al Senato per la propria conferma nel 2018, Kavanaugh aveva assicurato di ritenere il diritto costituzionale all'aborto «settled as a precedent»⁵⁰. Aveva ribadito il proposito di non rovesciare *Roe* in un colloquio con la senatrice repubblicana ma *pro choice* Susan Col-

⁴⁸ R.H. Bork, *The Tempting of America*, cit., pp. 96-99, 110-11, 220.

⁴⁹ D.J. Garrow, *On Abortion, John Roberts Stands Alone*, «Wall Street Journal», 26 giugno 2022 (www.wsj.com/articles/abortion-john-roberts-concurring-opinion-dobbs-jackson-women-health-decision-roe-casey-viability-standard-supreme-court-11656257403).

⁵⁰ U.S. Senate 105th Congress, 2nd Session, *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Brett M. Kavanaugh to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, U.S. Government Printing Office, Washington 2018, p. 127.

lins del Maine, ottenendone un voto indispensabile per la propria conferma⁵¹. In precedenza, Gorsuch aveva dichiarato di fronte alla Commissione Affari giudiziari del Senato che se il presidente Trump gli avesse chiesto di ribaltare *Row*, «I would have walked out of door»⁵². Alla luce di questi voltafaccia eclatanti, il rispetto dei diritti civili presi di mira da Thomas sembra tutt'altro che assicurato.

In una sintesi di storia legale statunitense uscita nel 2005, Lawrence M. Friedman sosteneva che, se a oltre un terzo di secolo da *Roe* l'IVG restava ancora un diritto controverso e suscettibile di revoca o ridimensionamenti, all'alba del XXI secolo altri diritti come l'accesso alla contraccezione dovevano essere ormai considerati come acquisiti in modo pressoché definitivo. La maggioranza originalista della Corte Suprema è riuscita, però, a rimmetterli almeno potenzialmente in discussione⁵³.

⁵¹ C. Hulse, *Susan Collins, Standing Alone, Makes Her Case for Kavanaugh*, «New York Times», 5 ottobre 2018 (www.nytimes.com/2018/10/05/us/politics/collins-murkowski-kavanaugh.html).

⁵² U.S. Senate 105th Congress, 1st Session, *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, U.S. Government Printing Office, Washington 2018, p. 107.

⁵³ L.M. Friedman, *A History of American Law*, Simon & Schuster, New York 2005, p. 570.