

>>>> **diritti e istituzioni / aborto**

Il primo caso di *overruling* nella storia degli Stati Uniti

>>>> **Benedetta Barbisan**

Se andassimo alle origini, alle lontane radici dell'aborto negli Stati Uniti, non troveremmo alcuna traccia del dilemma giuridico, morale, filosofico, scientifico cui siamo avvezzi riguardante la contrapposizione tra le istanze di autodeterminazione della donna e il diritto alla vita del nascituro. Se scavassimo fino in fondo, giù dentro i fatti che, da un secolo e mezzo, muovono la società americana nella contesa fra la scelta di interrompere volontariamente una gravidanza e il diritto del feto a vedere la luce, finiremmo per dissepellire nient'altro che - ancora una volta - la questione razziale. Prima della Guerra Civile, l'aborto non solo non era illegale, ma il diritto comune tendeva a proteggere gli interessi della donna. Ne sia prova che uno dei Padri fondatori come Benjamin Franklin, imbattutosi in una pubblicazione inglese molto popolare che raccoglieva i più svariati consigli per la vita di tutti i giorni - dai criteri di redazione di una lettera fino al trattamento degli zoccoli dei cavalli - volle trarne una versione ad uso delle colonie: pensato per i bisogni dell'uomo medio, il manuale di Franklin, dato alle stampe nel 1748, affiancava ai rudimenti dell'aritmetica le regole fondamentali per praticare in sicurezza un aborto in casa (ricostruisce la vicenda Molly Farrell, *Ben Franklin Put an Abortion Recipe in His Math Textbook*, in *Slate*, 5 maggio 2022).

Furono i primi medici ginecologi di metà Ottocento, capitanati dal bostoniano Horatio Storer, a parlare per la prima volta dell'aborto come di una pratica moralmente sbagliata e a condurre, con l'ausilio dell'American Medical Association, una campagna su scala nazionale per vietarlo. Era il tempo in cui gli specializzati in questa nuova branca della medicina - manco a dirlo uomini e bianchi - prendevano il posto delle levatrici. Storer stesso pubblicò con largo successo nel 1865 un prontuario chiamato *Why Not? A Book for Every Woman* per informare le donne sui rischi dell'aborto. Nel 1868, poi, invocò l'alleanza fra medici e avvocati per combattere

insieme 'the crime of unjustifiable abortion' (Horatio Storer, *Criminal Abortion: Its Nature, Its Evidence, and Its Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1868). Ne derivò che, non più tardi del 1880, la maggior parte degli Stati americani avevano introdotto una legislazione restrittiva dell'interruzione volontaria di gravidanza. I motivi che animavano Storer e i suoi colleghi, però, non avevano nulla a che fare con la medicina. Piuttosto, essi erano preoccupati che la vecchia America, la società ideale dei primi coloni, venisse gradualmente popolata dalla prole degli immigrati, soprattutto cattolici, e degli afro-americani, mettendo a repentaglio l'egemonia bianca e protestante.

Presenta più di qualche analogia con questa storia la lotta per i diritti delle donne: la Planned Parenthood Federation of America, l'organizzazione *non profit* al centro dei servizi per l'interruzione volontaria di gravidanza negli Stati Uniti, è erede della American Birth Control League, istituita a Brooklyn nel 1921 da Margaret Sanger. In un discorso tenuto a New York nel 1921, *The Morality of Birth Control*, Sanger divideva la società in tre classi: gli 'intelligenti e abbienti', capaci di regolare lo sviluppo delle proprie famiglie; gli 'intelligenti e responsabili', che vorrebbero pianificare la propria famiglia ma non dispongono degli strumenti culturali per farlo; gli 'irresponsabili e sconsiderati', che non sanno delle conseguenze dei propri atti. Ne concludeva che '(m)any of this group are diseased, feeble-minded, and are of the pauper element dependent entirely upon the normal and fit members of society for their support. There is no doubt in the minds of all thinking people that the procreation of this group should be stopped'.

Nel 2021, le teorie suprematiste di Sanger sono state riportate all'attenzione pubblica e Planned Parenthood è stata obbligata a prenderne le distanze: 'she [Margaret Sanger] chose to align herself with ideologies and organizations that were

explicitly ableist and white supremacist. In doing so, she undermined reproductive freedom and caused irreparable damage to the health and lives of generations of Black people, Latino people, indigenous people, immigrants, people with disabilities, people with low incomes, and many others' (Planned Parenthood, *Positions Claims About Margaret Sanger*, disponibile alla pagina https://www.plannedparenthood.org/uploads/filer_public/cc/2e/cc2e84f2-126f-41a5-a2-4b-43e093c47b2c/210414-sanger-opposition-claims-p01.pdf). Al centro della sentenza emessa dalla Corte Suprema il 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* [597 U.S. - (2022)], che ha smantellato l'interpretazione costituzionale della nozione di *liberty* del Quattordicesimo Emendamento adottata nei precedenti *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)] e *Planned Parenthood v. Casey* [505 U.S. 833 (1992)], sta la legge contro l'aborto del Mississippi, lo Stato nel quale risiede la più alta concentrazione di afro-americani (quasi il trentotto per cento della popolazione totale secondo le rilevazioni dell'ultimo censimento nazionale del 2019) di tutti gli Stati Uniti. Anche in questo caso, dunque, la questione si carica di evidenti connotazioni razziali. In chiusura della *majority opinion* redatta dal giudice Samuel Alito - che corrisponde largamente alla bozza di cui il *web magazine Politico* era venuto in possesso lo scorso maggio -, si ribadisce che l'aborto presenta 'a profound moral question' che sia *Roe* che *Casey* avrebbero avocato a sé con un'infondata interpretazione della Costituzione, scippando così il corpo elettorale e i suoi rappresentanti del potere democraticamente legittimato di discutere se e come regolare l'aborto e di deliberare la legge più idonea allo scopo.

L'idea che possa essere la democrazia rappresentativa a risolvere i problemi delle donne afro-americane del Mississippi, esposte a un rischio di morte in gravidanza superiore a quello delle donne bianche del 118 per cento, ha tutta l'aria di un'astrazione crudele: fu nel Mississippi del 1890 che venne scritta una nuova Costituzione (tutt'oggi in vigore) con un unico intento esplicito: quello di escludere dal voto i neri. Centotrenta anni sono trascorsi da quel *Mississippi Plan*, che funse da modello per tutti gli Stati del Sud e per le loro *Jim Crow laws*, eppure ancora oggi in Mississippi un afro-americano su sette non può esercitare i suoi diritti politici, il doppio di quanto accada per la popolazione nera su scala nazionale (si veda *The Sentencing Project. Research and Advocacy for Reform*, 2020, disponibile alla pagina <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2020/10/Locked-Out-20-20.pdf#page=17>). Oltre il sessanta per cento di coloro che, in

Mississippi, hanno perso il diritto di voto a causa di una condanna è afro-americano e, come se non bastasse, non è mai avvenuta in Mississippi l'elezione a una carica nazionale di un candidato afro-americano. Se, dunque, è tempo per la Corte Suprema di restituire al popolo di ogni singolo Stato il potere di definire la disciplina dell'aborto attraverso la propria rappresentanza politica, un potere usurpato per mezzo di una interpretazione costituzionale progressiva e discrezionale, troppo lontana dal testo e dalle intenzioni dei redattori, l'aborto aggiunge una sfaccettatura al dramma civile di una società ancora percorsa da pulsioni discriminatorie, se non segregazioniste, in cui la distanza incolmabile resta, più che quella fra madre e nascituro, quella fra un bianco e una persona di colore. Più che costituzionalmente neutrale, pensare di restituire agli Stati la piena discrezionalità di decidere quale disciplina adottare è una soluzione daltonica.

Questa lettura assai creativa della Costituzione, oltre ad aver fatto evolvere la forma di Stato americana, ha garantito l'adattamento della legge fondamentale alle istanze di una società profondamente mutata

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization [597 U.S. - (2022)] rappresenta il primo caso nella storia degli Stati Uniti in cui l'*overruling* di un precedente equivale alla revoca di un diritto costituzionale riconosciuto, ed è significativo che ciò avvenga mediante una lettura originalista della Costituzione - che guarda alla cultura e agli intenti degli estensori - sostenuta oggi dalla maggioranza della Corte Suprema (Alito, Barrett, Gorsuch, Kavanaugh, a tratti Roberts, Thomas), ma abbracciata solo da una manciata di giudici fra tutti i centosedici che hanno servito nella massima giurisdizione (gli attuali, appunto, e Antonin Scalia). Con questa decisione, gli Stati tornano liberi di decidere se ed eventualmente a quali condizioni consentire il ricorso all'aborto, come fa lo stesso *Gestational Age Act* del Mississippi, che vieta l'interruzione della gravidanza dopo la quindicesima settimana anche nei casi di stupro o incesto e lo consente solamente quando la gestante rischi danni gravissimi e irreversibili a funzioni vitali o quando le malformazioni del feto non gli consentirebbero di sopravvivere fuori dall'utero materno. Come fa il *Texas Heartbeat Act*, che proibisce l'aborto sin dal momento della prima rilevazione dell'attività cardiaca embrionale o fetale, Mentre l'*incipit* della *Casey* proclamava che '(l)iberty finds



no refuge in a jurisprudence of doubt’, significando che, più che riscrivere *Roe*, pur correggendone gli estremi, era fondamentale confermare la propria coerenza (leggasi: autorevolezza), in *Dobbs* la Corte Suprema ha scelto di delegittimare un approccio ermeneutico invalso da sessant’anni.

Negli oltre sessant’anni da *Griswold*
e nei quasi cinquanta da *Roe* non si è trovata
una strada diversa per mettere in sicurezza
il diritto all’aborto

Per ripercorrere tutta la storia, infatti, occorre tornare indietro, ancora prima di *Roe*, al caso *Poe v. Ullman* [367 U.S. 497 (1961)], in cui la legge del Connecticut che vietava la commercializzazione e diffusione dei contraccettivi anche fra le coppie regolarmente coniugate, nonché la consulenza dei medici sul loro utilizzo, venne impugnata davanti alla Corte Suprema ma giudicata compatibile con la Costituzione. Nel suo *dissent*, però, il giudice Douglas presentò una interpretazione ampia della nozione di *liberty* del Quattordicesimo Emendamento, inclusiva di significati irradiati da altri emendamenti del Bill of Rights in una articolata e diversificata giu-

risprudenza, da *Meyers v. Nebraska* [262 U.S. 390 (1923)] a *Pierce v. Society of Sisters* [268 U.S. 510 (1925)]. Queste emanazioni, seppur prive di un vero e proprio ancoraggio testuale, erano come una *penombra* sprigionata dalle rispettive disposizioni costituzionali. Queste penombre erano innervate tutte dallo stesso principio, il *right to privacy*, vale a dire il diritto di ciascuno di godere di uno spazio di autosufficienza e autodeterminazione con cui lo Stato avrebbe potuto interferire solamente al ricorrere di un interesse pubblico tanto cogente (*compelling state interest*) da giustificare la compressione della libertà del singolo. Dagli appunti del giudice Douglas, emerge che questa lettura integrata del Bill of Rights necessaria a dettagliare un concetto molto astratto come la *liberty* del Quattordicesimo Emendamento fu, in verità, tratta dalla memoria che la American Civil Liberties Union (ACLU) aveva presentato in qualità di *amicus curiae* a sostegno dell’incostituzionalità della legge impugnata.

L’ingegnosità dietro a una sorta di diritto-ponte come quello alla *privacy*, per collegare la portata di alcuni emendamenti del Bill of Rights con la *liberty* del Quattordicesimo, seppe farsi largo anche fra gli altri giudici tanto da divenire l’argomento fondamentale del ricorso che, nel 1965, portò alla

dichiarazione di incostituzionalità di quella stessa legge del Connecticut nella sentenza *Griswold v. Connecticut* [381 U.S. 479 (1965)], di cui Douglas stesso fu redattore. L'incompatibilità della legislazione statale contro la contraccezione con la Costituzione era l'apertura utile ad affermare il diritto dei singoli e delle coppie alla pianificazione familiare. Non stupisce, allora, che quella stessa logica gettò le fondamenta per la storica, divisiva decisione sull'aborto del 1973. La teoria delle *constitutional penumbras*, del *right to privacy* e della *ordered liberty* del Quattordicesimo Emendamento ha consentito di integrare i limiti pensati contro il potere delle istituzioni fede-

rali nei primi dieci emendamenti del Bill of Rights con i limiti opposti ai poteri statali dai cosiddetti *Reconstruction Amendments*, i tre, cioè, adottati fra il 1865 e il 1870 che condizionarono la riammissione degli Stati del Sud, sconfitti nella Guerra civile. La Secessione aveva infatti provato che il rischio di deragliamento dalle garanzie costituzionali non proveniva unicamente dall'abuso dei poteri da parte della nuova Federazione, come si temeva nel 1791, ma anche da parte delle istituzioni statali.

Questa lettura assai creativa della Costituzione, oltre ad aver fatto evolvere la forma di Stato americana, ha garantito l'adattamento della legge fondamentale alle istanze di una società profondamente mutata rispetto all'impostazione delle origini, costituendo la base giuridica di sentenze miliari come quella in materia di matrimoni interrazziali [*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)], di libertà sessuale degli omosessuali [*Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003)] e di matrimoni tra coniugi dello stesso sesso [*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)]. Quando il Quattordicesimo Emendamento fu ratificato, nel 1868, nessuno pensava sarebbe stato usato per



estendere la tutela costituzionale a fattispecie di diritti neppure ipotizzabili al tempo. E, infatti, un tale grado di emancipazione dalle intenzioni originali e dalla mera formulazione testuale si era già inceppato una volta, quando la Corte Suprema dovette pronunciarsi sulla costituzionalità della legge della Georgia che criminalizzava il reato di sodomia anche se consumata in luoghi privati e fra adulti consenzienti.

Nel caso *Bowers v. Hardwick* [478 U. S. 186 (1986)], deciso a strettissima maggioranza, i giudici sostennero che il *right to privacy* non poteva estendersi fino a comprendere un diritto per nulla 'rooted in the Nation's history' come la libertà sessuale degli

omosessuali. Negli anni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo colpiva le leggi del Regno Unito (*Dudgeon v. United Kingdom*) e dell'Irlanda (*Norris v. Ireland*) contro l'omosessualità, la Corte Suprema degli Stati Uniti scopriva il rischio di un'interpretazione costituzionale che, se applicata coerentemente a situazioni al tempo minoritarie come la libertà sessuale degli omosessuali, l'avrebbe esposta all'accusa di 'attivismo' e alle critiche della maggioranza.

Negli oltre sessant'anni da *Griswold* e nei quasi cinquanta da *Roe* non si è trovata una strada diversa per mettere in sicurezza il diritto all'aborto. Neppure l'opinione dissidente sottoscritta dai tre giudici in minoranza Breyer, Kagan e Sotomayor ha saputo proporre una via di uscita alternativa. Eppure: vincolare una Costituzione alla volontà di chi la scrisse, benché possa apparire un modo avveduto di contenere il potere dei suoi interpreti, è un segno di resa alla deliberata incapacità di quella stessa Costituzione di far sue in qualche modo le nuove istanze. Affidarle ai legislatori degli Stati, come nel caso del Mississippi, è in molti casi solo un esercizio di retorica.