



13 GENNAIO 2021

Corte Suprema e diritto all'aborto.  
Il caso della Louisiana e l'importanza  
della libertà di poter scegliere

di Maria Chiara Errigo

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Parma



# Corte Suprema e diritto all'aborto. Il caso della Louisiana e l'importanza della libertà di poter scegliere\*

**di Maria Chiara Errigo**

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Parma

**Abstract [It]:** Il contributo analizza l'ultima pronuncia della Corte Suprema americana in tema di interruzione volontaria di gravidanza, la quale ha sancito l'illegittimità costituzionale del *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act*, in vigore dal 2014 e avente ad oggetto l'introduzione di *admitting privileges*, quale titolo necessario per lo svolgimento, da parte dei medici, delle operazioni di aborto. A partire da una descrizione del caso concreto, il commento prova a ripercorrere, in particolare, l'iter decisionale dell'opinione di maggioranza, delineando anche il contesto storico-giuridico in cui la pronuncia si inserisce e sottolineando alcune criticità che continuano ad accompagnare la tutela del diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense.

**Abstract [En]:** The contribution analyzes the most recent ruling of the U.S. Supreme Court on the issue of abortion, which affirmed the constitutional illegality of the Louisiana Unsafe Abortion Protection Act. The law, in force since 2014, regarded the introduction of admitting privileges as a necessary qualification for doctors to perform abortion operations. Starting from a description of the case, the paper tries to outline, in particular, the decision-making process of the majority opinion, describing also the historical-legal context in which the pronouncement is set and highlighting some critical points that continue to affect the protection of the right to abortion in the US system.

**Sommario:** 1. *Admitting Privileges* e diritto all'aborto. Il caso del *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act*. 2. Il precedente texano e il carattere 'frammentato' della decisione della Corte. 3. Il 'test' dell'*undue burden* e l'opinione di maggioranza della Corte. 4. La tutela costituzionale del diritto all'aborto: criticità e punti 'fermi' a partire dall'eredità di *Roe*.

## 1. *Admitting Privileges* e diritto all'aborto. Il caso del *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act*

*"The right protected by Roe is a right to decide to terminate a pregnancy free of undue interference by the State. [...]"*<sup>1</sup>.

Lo scorso giugno la Corte Suprema è tornata a pronunciarsi sul tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, questione tormentata e delicatissima, che periodicamente 'riaffiora' sulla scena politica e giuridica degli Stati Uniti, mettendo in evidenza uno spaccato culturale complesso e ancora 'disomogeneo' sul punto<sup>2</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 887

<sup>2</sup> Se a livello federale, rimangono 'ferme' le regole fissate con le sentenze *Roe v. Wade* (1973) e, poi, *Planned Parenthood v. Casey* (1992), rimarcate anche in questa decisione, a livello statale si riscontrano considerevoli differenze politiche e culturali che si riverberano inevitabilmente nell'ambito delle normative in tema di IVG fra i diversi Stati. Si veda, ad esempio, le recenti normative adottate dagli Stati di New York, Oregon, Alaska che permettono la possibilità di ricorrere

In questo ultimo caso, oggetto del giudizio è stato il *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act* (indicato anche come *Act 620*), il quale, entrato in vigore nel 2014, prevedeva che il personale medico, al fine di poter svolgere le operazioni di interruzione di gravidanza, dovesse essere titolare dei cosiddetti “*active admitting privileges*” presso un ospedale situato entro 30 miglia dal luogo in cui si sarebbe svolto l’aborto. In particolare, con l’espressione “*admitting privileges*”, la legge identificava la possibilità per i medici di ricoverare le pazienti presso tali strutture ospedaliere in caso di complicazioni, e, dunque, poter svolgere personalmente eventuali esami diagnostici o ulteriori operazioni chirurgiche, laddove se ne fosse presentata la necessità<sup>3</sup>. Secondo la legge, avrebbero potuto godere di questi ‘privilegi’, quei medici che fossero stati ritenuti “*a member in good standing*”, ossia ‘membri in piena regola’, senza aggiungere ulteriori elementi utili a definire questa condizione; l’attribuzione degli “*admitting privileges*”, quindi, non risultava necessariamente ‘collegata’ al livello di competenza degli operatori medici, delineandosi un ampio margine di discrezionalità a favore dell’ospedale nel decidere se assegnare o meno tale titolo al singolo medico che ne avesse fatto richiesta. Inoltre, la nuova regolamentazione prevedeva sanzioni piuttosto severe in caso di violazione della medesima: per quanto riguarda i singoli professionisti, esse potevano spaziare da multe per ciascuna operazione effettuata e/o sospensione dall’esercizio dell’attività, mentre la clinica avrebbe visto revocata la licenza per ogni ambulatorio abortivo non in regola. In questo senso, dunque, la possibilità di effettuare operazioni di aborto risultava subordinata al necessario possesso, da parte del medico, di tali ‘titoli’ (peraltro, di non facile acquisizione, se si pensa all’assenza di requisiti oggettivi, sulla base dei quali attribuire tale ‘*status*’) presso una struttura ospedaliera comunque territorialmente vicina alla clinica/ambulatorio, destinato allo svolgimento degli interventi di IVG.

L’intento della normativa risiedeva, almeno dichiaratamente, nella volontà di tutelare la salute della donna, nonchè rendere le operazioni di aborto il più sicure possibile. Come viene indicato dal *Bioethics Defense Fund*, organizzazione ‘pro-life’, che ha contribuito alla formazione della legge in esame, la finalità della medesima era quella di proteggere “*women’s health by closing the abortion industry loophole that has allowed incompetent physicians and substandard abortion facilities to multiply at the cost of women’s lives and health*”<sup>4</sup>. In

---

all’IVG anche dopo la 24<sup>a</sup> settimana, a determinate condizioni; lo Stato della California che è il primo a richiedere il servizio di aborto farmacologico nelle Università pubbliche; dall’altra parte, Stati come il Texas, il Louisiana, l’Alabama, la Georgia, il Tennessee, che invece presentano una legislazione più ‘rigida’, con periodici ‘tentativi’ verso l’inasprimento delle condizioni di accesso al servizio, (emblematici, appunto, il caso in esame e la recente decisione *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, US Supreme Court (2016) sulla normativa texana).

<sup>3</sup> Come indicato nel testo della sentenza “*The statute defines “active admitting privileges” to mean that the doctor must be “a member in good standing” of the hospital’s “medical staff . . . with the ability to admit a patient and to provide diagnostic and surgical services to such patient.*”, *June Medical Services v. Russo* 591 U.S. (2020), 8

<sup>4</sup> Come si legge sulla pagina del *Bioethics Defense Fund* e fra i materiali consultabili sul sito [https://bdfund.org/wp-content/uploads/2016/04/file\\_639.pdf](https://bdfund.org/wp-content/uploads/2016/04/file_639.pdf), ultimo accesso 27.10.2020. Si veda, sul punto, anche L. PELUCCHINI, “*Se Roe cade nello Stato del Pellicano*”: il futuro incerto del diritto all’aborto negli Stati Uniti, in *diritticomparati.it*, 29 aprile 2019

generale, infatti, lo strumento degli “*admitting privileges*” (utilizzato anche in altri Paesi, come, ad esempio, il Texas, v. *infra*) sembrerebbe essere ispirato a logiche di sicurezza e di tutela della salute delle pazienti, nell’intento di garantire anche la qualità della prestazione, nonché la continuità della ‘relazione di cura’ intercorrente fra la donna e quel determinato medico. In realtà, è stato evidenziato come, al contrario, l’introduzione di tali ‘*privileges*’ non sia espressione di una più elevata capacità del medico, né risulti piuttosto significativa nel garantire l’erogazione delle procedure di emergenza<sup>5</sup>. Con riguardo a quest’ultimo aspetto, occorre notare che le complicazioni a seguito degli interventi di aborto appaiono (fortunatamente) rare e in questi casi, anche in assenza degli *admitting privileges*, il trattamento ospedaliero delle pazienti sarebbe comunque assicurato sulla base della normativa “*Emergency Medical Treatment & Labor Act*” (EMTALA), in vigore dal 1986, la quale “*requires emergency departments to stabilize and treat any patient [...and] applies [...] also to patients treated at any outpatient facility, including one that provides abortions*”<sup>6</sup>. In questo senso, l’introduzione degli *admitting privileges* è stata oggetto di varie critiche da parte della comunità scientifica, ritenendo che la stessa finisse per rappresentare più che una tutela ‘ulteriore’, una ‘diminuzione’ delle garanzie, determinando ritardi e, quindi, rischi per le pazienti, e compromettendo, conseguentemente, non solo la qualità del servizio, ma anche l’accesso stesso alle operazioni di aborto<sup>7</sup>.

## 2. Il precedente texano e il carattere ‘frammentato’ della decisione della Corte

Occorre fin da subito notare che il *Louisiana Act 620* risultava estremamente simile ad un’altra legge del Texas, la *HB2* (House Bill 2), entrata in vigore nel 2013 e dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema

---

<sup>5</sup> Come è stato affermato nel *Brief of Amici Curie* dell’American College of Obstetricians and gynecologists, American Medical Association, et al., “*A mandatory admitting privileges requirement does not establish that a physician or other clinician is qualified to perform abortions because the hospitals that make admitting privileges determinations often evaluate and deny admitting privileges requests based on factors un-related to a clinician’s competency to provide abortions. In addition, in the unusual instance in which a patient requires emergency hospital care following an abortion, existing regulations and best practices ensure that regardless of whether her clinician has admitting privileges, the patient will be treated and will receive the same quality of hospital care. Thus, the admitting privileges requirement does not improve the health or safety of patients. It does, however, impede patients’ access to abortion, especially for already vulnerable demographic groups*”, 5-6. Si veda anche lo studio condotto da U. D. UPADHYAY et al., *Admitting privileges and hospital-based care after presenting for abortion: a retrospective case series*, in *Health Serv. Res.*, 2019, vol. 54, 425-426, che evidenzia come l’attribuzione degli *admitting privileges* non impatti sulla garanzia delle cure ospedaliere a favore delle pazienti nei casi di aborto.

<sup>6</sup> *Brief of Amici Curie* dell’American College of Obstetricians and gynecologists, American Medical Association, et al., 32, 33; così anche, anche E. NASH, M. DONOVAN, *Admitting privileges are back at U.S. Supreme Court with serious implications for abortion access*, Guttmacher Institute, disponibile al sito <https://www.guttmacher.org/article/2019/10/admitting-privileges-are-back-us-supreme-court-serious-implications-abortion-access>, (ultima consultazione in data 05.01.2021).

<sup>7</sup> Si veda il documento della National Academies of Sciences, Engineering and Medicine, *The safety and quality of abortion care in the United States*, Washington DC, 2018, 166; sul punto, si veda, altresì, il report *Targeted Regulations of Abortion providers Laws*, a cura del Guttmacher Institute, gennaio 2020, disponibile al sito <https://www.guttmacher.org/evidence-you-can-use/targeted-regulation-abortion-providers-trap-laws>, ultima consultazione 05.01.2021

nel 2016, con il giudizio *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*<sup>8</sup>. Anche in questo caso, la legge poneva come requisito necessario per svolgere le prestazioni di interruzione di gravidanza gli “*admitting privileges*” e il rispetto dei criteri sanitari previsti per gli ambulatori chirurgici, comportando inevitabilmente la chiusura di un considerevole numero di strutture e la conseguente difficoltà per le donne di accedere ai servizi<sup>9</sup>. La decisione della Corte Suprema ha cercato di ricostruire la corretta ‘interpretazione’ dell’*undue burden* (onere eccessivo), parametro elaborato nella decisione *Planned Parenthood v. Casey* del 1992, in base al quale le normative statali in tema di aborto risultano legittime solo ove le limitazioni in esse contenute siano effettivamente giustificate dall’intento di tutelare la salute della donna e non si traducano in un ‘ostacolo sostanziale’ alla relativa libertà di autodeterminazione e all’accesso alle pratiche di IVG. In questo senso, con riguardo alla normativa texana, la Corte ha affermato che “*neither of these provisions offers medical benefits sufficient to justify the burdens upon access that each imposes. Each places a substantial obstacle in the path of women seeking a previability abortion, each constitutes an undue burden on abortion access, [...] and each violates the Federal Constitution*”<sup>10</sup>.

La pronuncia sul caso texano rappresenta un precedente molto significativo, che ha influenzato fin dall’inizio anche l’iter giudiziale del *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act* (a partire dal processo davanti alla Corte distrettuale, fino a quello della Corte Suprema, per quanto riguarda le motivazioni alla base delle diverse *opinion* dei giudici).

In primo luogo, infatti, poiché risultava estremamente difficoltoso individuare il collegamento fra la normativa e i vantaggi sanitari che essa avrebbe potuto apportare, alcune cliniche e altri professionisti avevano impugnato la legge, prima ancora della sua entrata in vigore, lamentando come il Louisiana Act 620 rappresentasse un ‘onere eccessivo’ per l’esercizio del diritto di accesso all’aborto. La Corte distrettuale, inizialmente, pur sospendendo l’applicazione delle sanzioni in caso di violazione della normativa, non aveva impedito l’entrata in vigore della stessa. Soltanto a seguito della decisione della Corte Suprema sul caso texano, il Tribunale era tornato a pronunciarsi sulla questione, affermando, fra le altre cose, che le pratiche abortive in Louisiana risultavano piuttosto sicure, con episodi di complicazioni estremamente rari, che la nuova normativa avrebbe comportato la chiusura di varie cliniche

---

<sup>8</sup> Sul punto si veda L. PELUCCHINI, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*: la Corte Suprema statunitense torna sul diritto all’aborto, in [diritticomparati.it](http://diritticomparati.it), 28 novembre 2016; A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health V. Hellerstedt: Nuove Dimensioni Del Diritto All’Aborto Negli Stati Uniti*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1

<sup>9</sup> “*Had the Texas admitting-privileges requirement remained in force, just 22 of the 41 abortion clinics would have continued to operate; outside Texas’s major cities, 11 of 13 existing clinics would have closed*”, come notano L. O. GOSTIN, R. B. REINGOLD, *Women health and Abortion rights: whole woman’s health v. Hellerstedt*, in *jama.com*, 21 luglio 2016; si veda sullo stesso punto lo studio di D. GROSSMAN et al., *Change in abortion services after implementation of a restrictive law in Texas*, in *Contraception*, 2014, vol. 90, n. 5.

<sup>10</sup> *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt* 579 US (2016)

con una conseguente inevitabile difficoltà per le donne di poter interrompere il corso della gravidanza e, inoltre, che il grado di ‘competenza’ del singolo professionista non sarebbe stato elemento di valutazione per ottenere i cosiddetti *privileges*. Pertanto, la Corte distrettuale affermava che “[...] *The result of these burdens on women and providers, taken together and in context, is that many women seeking a safe, legal abortion in Louisiana will be unable to obtain one. Those who can will face substantial obstacles in exercising their constitutional right to choose abortion due to the dramatic reduction in abortion services. [...] Act 620 does not advance Louisiana’s legitimate interest in protecting the health of women seeking abortions. Instead, Act 620 would increase the risk of harm to women’s health by dramatically reducing the availability of safe abortion in Louisiana. [...] there is no legally significant distinction between this case and [Whole Woman’s Health]: Act 620 was modeled after the Texas admitting privileges requirement, and it functions in the same manner, imposing significant obstacles to abortion access with no countervailing benefits.*”<sup>11</sup>

Se, dunque, la Corte distrettuale aveva accolto le doglianze dei ricorrenti, successivamente la Corte del *Fifth Circuit*, cui era stato fatto appello da parte dello Stato, aveva rovesciato la pronuncia di primo grado, affermando la legittimità della normativa e contestando le conclusioni di fatto del Tribunale distrettuale. Infine, il giudizio è poi approdato alla Corte Suprema che con 5 voti contro 4 ha dichiarato l’incostituzionalità della legge della Louisiana.

Tuttavia, la lettura della sentenza restituisce un quadro decisionale comunque problematico sul tema; essa mostra una pronuncia che, pur riaffermando i principi cardine espressi nei precedenti *Roe v. Wade*<sup>12</sup> e, in seguito, anche in *Planned Parenthood v. Casey*<sup>13</sup>, presenta un carattere ‘complesso’, che vede i giudici adottare percorsi motivazionali diversi, quand’anche giungano allo stesso esito (si pensi alla posizione del *Chief*

---

<sup>11</sup> *June Medical Services LLC v. Kliebert*, 250 F. Supp. 3d 27, 53 (MD La. 2017).

<sup>12</sup> Più specificamente, con il caso *Roe v. Wade* del 1973, la Corte Suprema ha riconosciuto il diritto all’aborto nell’ordinamento statunitense, ritenendo che le precedenti limitazioni violassero il cosiddetto “right to privacy”, sulla base della tutela prevista dal quattordicesimo emendamento. La vicenda ha avuto come protagonista Norma McCorvey, conosciuta con lo pseudonimo di Jane Roe, la quale, rimasta incinta, aveva inizialmente raccontato di aver subito violenze al fine di accedere all’interruzione di gravidanza, che in Texas - Stato in cui viveva la donna - era consentita solo in casi estremi (stupro, incesto, pericolo di vita per la madre). Respinta la richiesta a causa dell’assenza di prove, la donna decise di fare ricorso davanti alla Corte distrettuale sollevando questione di legittimità costituzionale della normativa texana in tema di aborto. La Corte distrettuale dichiarò la legge incostituzionale sulla base del nono emendamento; tuttavia, la pronuncia venne appellata e il processo proseguì approdando davanti alla Corte Suprema, che confermò l’incostituzionalità della normativa, sulla base della tutela prevista dal quattordicesimo emendamento, riconducendo il diritto di aborto della donna sotto il rispetto del ‘right to privacy’.

<sup>13</sup> In particolare, la pronuncia sul caso *Planned Parenthood v. Casey* 1992 aveva riguardato il *Pennsylvania Abortion Act*, il quale prevedeva che il medico informasse la donna rispetto ai rischi connessi alle operazioni di interruzione di gravidanza, che l’aborto non avvenisse prima 24 ore, che in caso di minori, fossero avvertiti i genitori, che in caso di matrimonio, la donna avesse ottenuto l’autorizzazione del marito (c.d. *spousal consent*). Se la Corte distrettuale aveva dichiarato incostituzionali tutte queste clausole, la Corte Suprema confermò la sentenza d’appello, dichiarando incostituzionale soltanto l’ultimo punto, che avrebbe sicuramente posto la donna in una condizione di grave debolezza rispetto al marito. Nella stessa pronuncia, venne elaborato il concetto di ‘undue burden’ in base al quale in futuro si sarebbe valutata la legittimità costituzionale di eventuali ulteriori normative in tema di aborto, (possibili soltanto se non si fossero tradotte in un ostacolo sostanziale alla libertà di scelta della donna).

*Justice* Roberts - peraltro decisiva per la pronuncia di incostituzionalità - che ha comunque mantenuto una linea di ragionamento differente, rispetto alla *opinion* di maggioranza della Corte, espressa dal giudice Breyer, cui hanno aderito i giudici Ginsburg, Sotomayor e Kagan). Se, infatti, l'opinione di maggioranza della Corte ha affermato un'incostituzionalità, per così dire, 'sostanziale' della legge della Louisiana, preservando i diritti di libertà della donna, la decisione del giudice Roberts si è basata sull'osservanza formale del principio dello *Stare decisis*<sup>14</sup>, nel rispetto della pronuncia già resa sul caso texano, che presentava, appunto, una normativa del tutto simile a quella dello Stato del Louisiana<sup>15</sup>. Tale scelta decisionale è stata contestata da più parti<sup>16</sup>, mettendo in evidenza come, in realtà, nell'ambito di *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, il giudice Roberts si fosse espresso a favore della legge texana e come, nel caso lousiano, la sua posizione abbia probabilmente rappresentato una scelta 'obbligata', tale comunque da non escludere possibili future restrizioni in tema di IVG. Nella redazione della propria *opinion* il giudice Roberts, infatti, ha espressamente sottolineato di non condividere la 'soluzione' adottata in *Whole Women's Health* e, tuttavia, di non potersi 'muovere' diversamente nell'ambito della presente pronuncia, operando nel rispetto del principio del precedente vincolante, 'strumento' cardine del sistema di common law statunitense<sup>17</sup>. In particolare, in una nota, egli ha affermato di essere d'accordo con il giudice Alito (dissenting) circa il fatto che la legittimità degli "*admitting privileges*" dipenda da fattori diversi che variano da Stato a Stato, ma che tuttavia "[a]ppreciating that others may in good faith disagree, [...] I cannot view the record here as in any pertinent respect sufficiently different from that in *Whole Woman's Health* to warrant a different outcome".

Il principio dello *Stare decisis* guida il percorso decisionale del giudice Roberts; egli sottolinea l'importanza dello stesso, quale garanzia di 'coerenza' dell'operato della Corte e di 'stabilità' del sistema costituzionale<sup>18</sup>. Rispettare il valore del precedente significa sostenere "*the evenhanded, predictable, and consistent development of*

---

<sup>14</sup> In particolare, sulla posizione del giudice Robert, si veda L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 2020, n. 3, 4462 ss.

<sup>15</sup> "The legal doctrine of *stare decisis* requires us, absent special circumstances, to treat like cases alike. The Louisiana law imposes a burden on access to abortion just as severe as that imposed by the Texas law, for the same reasons", Roberts – concurring in judgement, *June Medical Service v. Russo*, cit., 5.

<sup>16</sup> Si veda ancora L. PELUCCHINI, cit.; sul punto, G. BORCHELT, *When a 'win' is not a win*, in *Scotus blog*, testo disponibile al sito <https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-june-medical-services-v-russo-when-a-win-is-not-a-win/>, ultima consultazione 08.10.2020 ; M. ZIEGLER, *After Supreme Court defeat, abortion foes are at a crossroads*, in *cnn.com*, disponibile al sito: <https://edition.cnn.com/2020/06/29/opinions/what-now-after-supreme-court-louisiana-abortion-decision-ziegler/index.html>, ultima consultazione 08.10.2020

<sup>17</sup> Si vedano, in particolare, le stesse parole del Giudice Roberts "[...] I joined the dissent in *Whole Woman's Health* and continue to believe that the case was wrongly decided. The question today however is not whether *Whole Woman's Health* was right or wrong, but whether to adhere to it in deciding the present case. [...]"

<sup>18</sup> In particolare, si veda J. SCHACTER *Symposium: June Medical and the many faces of judicial discretion*, in *Scotus blog*, 30 giugno 2020, testo disponibile al <https://www.scotusblog.com/2020/06/june-medical-and-the-many-faces-of-judicial-discretion/>, ultima consultazione 05.01.2020.

*legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.*<sup>19</sup>. Il rigore formale prevale, dunque, anche sulle stesse convinzioni personali del giudice, dando prova, in questo senso, di grande equilibrio, nel rispetto della tenuta dei principi costituzionali.

Tuttavia, se, da una parte, Roberts riafferma il canone dell'*undue burden* elaborato in *Planned Parenthood v. Casey*, ritenendo che nessuna normativa statale possa tradursi in un ostacolo sostanziale all'esercizio del diritto all'aborto da parte della donna, dall'altra, respinge l'interpretazione, operata dall'opinione di maggioranza (prima in *Whole Women's Health v. Hellerstedt*, e poi in *June Medical Services v. Russo*), relativa alla definizione di ciò che si intende per onere eccessivo e secondo la quale, ai fini della valutazione di legittimità di una normativa sull'aborto, è necessario operare un 'bilanciamento' fra i benefici e i costi che la stessa legge comporta. Al contrario, Roberts non condivide questo passaggio (peraltro, di importanza sostanziale ai fini della decisione della Corte), ritenendo che tale '*balancing test*' non competeva all'attività del giudice, e specificando che: "*Nothing about Casey suggested that a weighing of costs and benefits of an abortion regulation was a job for the courts. [...] In this case, Casey's requirement of finding a substantial obstacle before invalidating an abortion regulation is therefore a sufficient basis for the decision, as it was in Whole Woman's Health*". Emerge, dunque, una posizione – quella di Roberts – sostanzialmente diversa da quella dell'opinione di maggioranza della Corte; essa, infatti, pur basandosi sul precedente texano del 2016, finisce per metterlo, al contempo, un po' in discussione. In questo senso, proprio il fatto di un'adesione puramente 'formale', che non pare condividere il merito della decisione<sup>20</sup>, conduce a ritenere che il giudice Roberts non 'chiuda' del tutto ad eventuali future normative che possano tradursi anche in limitazioni concernenti l'esercizio del diritto di aborto<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Così Roberts richiamando espressamente *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 827 (1991)

<sup>20</sup> Come evidenziato nel testo, oltre a ritenere che il caso texano è stato "*wrongly decided*", Roberts critica l'interpretazione, elaborata dall'opinione di maggioranza, circa il concetto di "*undue burden*", ritenendo che la Corte, in generale, non possa operare valutazioni discrezionali, come, appunto, la valutazione dei benefici e dei costi che una certa normativa comporta, al fine di comprendere se la stessa realizza un onere 'eccessivo' (*undue*) per l'esercizio del diritto di aborto. La Corte interviene, appunto, specificando cosa si intenda per "*undue*", ritenendo che un 'onere' è eccessivamente gravoso laddove i benefici non riescano a superare gli svantaggi della normativa di cui si discute. Il passaggio non risulta condiviso da parte del giudice Roberts. Tuttavia, come notano alcuni studiosi "*Casey's very notion of a burden as "undue" calls upon the exercise of judicial discretion [...] There is nothing precise or determinate about this test, which empowers judges in the very way that Roberts sets up as the problem*", J. SCHACTER, cit.; sul punto, si veda ancora L. BUSATTA, cit., 4463.

<sup>21</sup> In questo senso, J. SCHACTER, cit.; G. BORCHELET, cit.; E. BACHIOCHI, *Symposium: The chief justice restores the Casey standard even while undermining women's interests in Louisiana*, in *Scotus blog*, 30 giugno 2020, testo disponibile al sito <https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-the-chief-justice-restores-the-casey-standard-even-while-undermining-womens-interests-in-louisiana/>, ultima consultazione 07.01.2020; B. MEYER, *Retaining stare decisis in June medical Services v. Russo*, in *Stanford Law school Blog*, 30 giugno 2020, testo disponibile al sito <https://law.stanford.edu/2020/06/30/retaining-stare-decisis-in-june-medical-services-v-russo/>, ultima consultazione 05.01.2021; M. FORD, *John Roberts Chooses precedent over ideology in latest abortion fight*, in *The new republic*, 29 giugno 2020, testo disponibile al sito <https://newrepublic.com/article/158240/john-roberts-chooses-precedent-ideology-latest-abortion-fight>, ultima consultazione 07.01.2020.



### 3. Il ‘test’ dell’*undue burden* e l’opinione di maggioranza della Corte

L’*opinion* di maggioranza della Corte si snoda ripercorrendo i passaggi delle decisioni precedenti, analizzando, in particolare, le evidenze fattuali raccolte dalla Corte distrettuale e mettendo in luce come una tale normativa avrebbe costituito un grave limite all’accesso all’aborto. A partire, dunque, dalle esperienze di alcuni medici, che avevano tentato invano di acquisire i ‘titoli di ammissione’ presso le strutture ospedaliere (il diniego risiedeva in motivazioni di carattere pretestuoso, come errori formali nell’invio della documentazione, la mancanza di ricoveri effettuati in quella struttura negli anni precedenti, o la paura di proteste in merito allo svolgimento stesso delle operazioni di aborto<sup>22</sup>), si prospettava una drastica riduzione dei punti di erogazione del servizio, rendendo particolarmente complicato ottenere “*a safe, legal abortion*”<sup>23</sup>. La legge, dunque, invece che potenziare la sicurezza delle donne, sortiva l’effetto contrario, determinando la chiusura di quasi tutte le cliniche che praticavano l’interruzione volontaria di gravidanza sul territorio louisiano (lo schema inserito nella sentenza mostra una proiezione secondo cui da 5 cliniche disseminate in varie regioni del Paese, sarebbe rimasta attiva soltanto quella dell’area di New Orleans, in grado di soddisfare unicamente il 30% delle richieste annuali di tutto il Paese)<sup>24</sup>.

La mancanza di una distribuzione omogenea (e sufficiente) di ambulatori comportava tempi di attesa piuttosto lunghi (in un contesto, peraltro, in cui l’elemento temporale risulta imprescindibile) e costringeva diverse donne a dover recarsi presso altri Stati per svolgere le pratiche di IVG. Da una parte, infatti, ritardare un’interruzione di gravidanza aumenta il rischio di complicazioni, rendendo, a volte, non più possibile la scelta della procedura farmacologica, meno invasiva. Dall’altra parte, la Corte ha osservato che intraprendere viaggi lunghi e dispendiosi presso cliniche lontane, fuori dal territorio del proprio Stato, potrebbe ricadere in modo ‘ingiusto’ sui soggetti meno abbienti, inasprendo diseguglianze socio-economiche già esistenti.

La legge, dunque, si sarebbe tradotta in un vero e proprio ‘ostacolo’ all’esercizio della libertà di scelta della donna, senza apportare alcun vantaggio (*benefits*) effettivo: come aveva già sottolineato la Corte distrettuale, l’attribuzione degli *admitting privileges* prescindeva dal grado di competenza del professionista e si allontanava dagli standard sanitari prevalentemente diffusi, senza alcun contributo alla sicurezza delle

---

<sup>22</sup> In merito a questo punto, si veda l’esperienza del medico della clinica Baton Rouge che si è visto negato i cosiddetti ‘admitting privileges’ a seguito del diniego da parte del collega operante presso l’Ospedale di riferimento, per il timore di proteste antiabortiste, “[...] *The record shows, however, that Doe 5 asked the doctor most likely to respond affirmatively: the doctor with whom Doe 5’s Baton Rouge clinic already had a patient transfer agreement. [...] Yet Doe 5 testified that even this doctor was “too afraid to be my covering physician at the hospital” because, while the transfer agreement could apparently be “kept confidential,” he feared that an agreement to serve as a covering physician would not remain a secret. [...] And, if the matter became well known, the doctor whom Doe 5 asked worried that it could make him a target of threats and protests. [...] Doe 5 was familiar with the problem. Anti-abortion protests had previously forced him to leave his position as a staff member of a hospital northeast of Baton Rouge [...]*”

<sup>23</sup> June Medical Services v. Russo, 8

<sup>24</sup> June Medical Services v. Russo, 33

pazienti. Le testimonianze esaminate hanno avvalorato le conclusioni raggiunte dalla Corte distrettuale, sancendo l'incostituzionalità di tali scelte normative.

L'esperienza del Texas fa da premessa alla riflessione dei giudici, i quali ribadiscono, anche rispetto al caso della Louisiana, che i limiti all'accesso alle procedure di IVG, imposti da una normativa, devono superare il cosiddetto 'test' dell'*undue burden*, così come stabilito dalla sentenza sul caso *Planned Parenthood v. Casey*. Quest'ultima aveva comunque riaffermato la tenuta centrale ("*the central holding*") del precedente *Roe v. Wade*, passaggio 'storico' attraverso il quale è stato riconosciuto "*the right to abortion*", quale esplicazione ulteriore del diritto di *privacy*, sotto la tutela offerta dal quattordicesimo emendamento della Costituzione americana. La pronuncia sul caso *Roe v. Wade*, pur sancendo il diritto di accesso all'aborto, ha stabilito anche che non si tratta di un 'diritto assoluto': esso, più che altro, è il frutto di una scelta complessa, delicata e 'fragile', all'interno della quale la tutela della donna soffre una tensione drammatica e ineludibile con quella del concepito. Proprio per questo, in quell'occasione, la Corte Suprema ha dettato alcuni criteri (c.d. '*trimester framework*') attraverso i quali avrebbe dovuto svilupparsi la discrezionalità della donna nel porre fine alla propria gravidanza: ampia e completamente 'libera' nel corso del primo trimestre, poteva essere maggiormente vincolata nel secondo, fino al momento di '*viability*' del feto, in cui l'aborto si sarebbe potuto realizzare soltanto per motivi di vita o di morte della donna<sup>25</sup>.

Successivamente, con la sentenza sul caso *Planned Parenthood v. Casey*, pur riconfermando espressamente il precedente *Roe v. Wade*, e segnando, in questo modo, il carattere 'fondamentale' della pronuncia, la Corte Suprema sceglie di compiere una specificazione ulteriore, riformulando le modalità di intervento dello Stato sulla tematica dell'aborto: "*Roe v. Wade was express in its recognition of the State's "important and legitimate interest[s] in preserving and protecting the health of the pregnant woman [and] in protecting the potentiality of human life". [...] Not all burdens on the right to decide whether to terminate a pregnancy will be undue. In our view, the undue burden standard is the appropriate means of reconciling the State's interest with the woman's constitutionally protected liberty. [...] To protect the central right recognized by Roe v. Wade while at the same time accommodating the State's profound interest in potential life, we will employ the undue burden analysis as explained in this opinion. An undue burden exists, and therefore a provision of law is invalid, if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability. [...]'*" (Planned Parenthood v. Casey). L'adozione del

---

<sup>25</sup> "*A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment: (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother."*, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), XI

criterio dell'*undue burden* ha determinato l'abbandono del '*trimester framework*' (così come era stato definito in *Roe*) e ha comportato una valutazione caso per caso delle discipline statali che intervengono in tema di aborto e che possono mantenere uno 'status' di legittimità soltanto laddove non si traducano in un 'ostacolo sostanziale' compromettendo la libera capacità decisionale della donna. Tale sentenza, tuttavia, è stata ritenuta anche molto 'ambigua', in quanto se, da una parte, ha riaffermato il principio racchiuso in *Roe*, riconoscendo il diritto all'aborto, dall'altra, ha comunque creato le condizioni giuridiche per l'entrata in vigore di nuove normative più rigide in tema di aborto. Il venire meno del "*trimester framework*", infatti, ha attribuito agli Stati la possibilità di intervenire con ulteriori regolamentazioni anche nella prima parte della gravidanza ( "*we abandon the trimester framework as a rigid prohibition on all previability regulation aimed at the protection of fetal life*", *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S., 873 ), con il rischio che alcune normative, pur non traducendosi in un vero e proprio impedimento all'aborto, possano comunque rendere maggiormente difficoltoso l'esercizio di una libera scelta da parte della donna<sup>26</sup> (ad esempio, nel caso deciso in *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte ha affermato la legittimità della disposizione concernente l'obbligo di attesa di 24 ore fra la manifestazione iniziale del consenso all'aborto e l'inizio delle operazioni medesime, non considerando lo stesso un *undue burden*, ma ha ritenuto illegittimo il cosiddetto "*spousal consent*", ossia la necessità di ottenere l'assenso da parte del marito per procedere all'interruzione volontaria di gravidanza).

Lo 'standard *Casey*' ha trovato comunque espressa applicazione sia nel caso texano *Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, sia in quello louisiano *June Medical Services v. Russo*, determinando l'incostituzionalità degli *admitting privileges* quale requisito privo di alcuna effettiva giustificazione sanitaria e, quindi, eccessivamente gravoso per l'esercizio del diritto di scelta della donna. Più specificamente, occorre dire che in questi casi la Corte Suprema, nel riaffermare il criterio della sentenza *Planned Parenthood v. Casey*, ha fornito alcune importanti specificazioni circa il significato di "*undue burden*", affermando (prima a proposito del caso texano e ribadendolo, poi, in quello louisiano) che le normative in tema di aborto possono contenere limiti, ma questi devono essere bilanciati dall'esistenza di opportuni *benefits* e non devono incidere sulla libertà decisionale della donna di interrompere o meno la propria gravidanza. Qualora, invece, tali limiti non trovassero alcuna giustificazione verrebbe a costituirsi un 'onere eccessivo', un ostacolo sostanziale

---

<sup>26</sup> In *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte abbandona il criterio del trimester framework, regolando l'intervento dello Stato attraverso il canone dell'*undue burden*, ma anche attraverso il concetto di "*viability*" del feto, criterio variabile in base alle tecnologie disponibili e agli avanzamenti scientifici raggiunti (in *Roe* era fissato a 28 settimane, con *Casey* arriva a 23-24 settimane). Lo Stato, in base al proprio interesse alla tutela del nascituro, può emanare regolamentazioni, anche vietando l'aborto a partire dal momento della *viability* del feto; nella fase, invece, di *pre-viability*, lo Stato può comunque intervenire a tutela del nascituro, ma tale 'azione' non deve rappresentare un 'onere eccessivo' per l'esercizio del diritto all'aborto da parte della donna.

alla libertà di scelta della donna, intollerabile per l'ordinamento costituzionale americano<sup>27</sup>. Sulla base di questo canone interpretativo, la Corte Suprema, dunque, afferma che “*Louisiana’s law poses a “substantial obstacle” to women seeking an abortion; its determination that the law offers no significant health-related benefits; and its determination that the law consequently imposes an “undue burden” on a woman’s constitutional right to choose to have an abortion*”, ribaltando le conclusioni della Corte d’Appello e confermando, invece, quelle iniziali svolte dalla Corte distrettuale.

#### **4. La tutela costituzionale del diritto all’aborto: criticità e punti ‘fermi’ a partire dall’eredità di *Roe***

Stabilire l’illegittimità degli *admitting privileges* significa anche riaffermare la portata costituzionale della pronuncia *Roe v. Wade*, quale punto di approdo, ormai irrinunciabile, della storia dei diritti negli Stati Uniti. Esso rappresenta il risultato di una rivoluzione socio-culturale (le lotte sui *civil rights*, il movimento femminista...) che, a partire dagli anni ’60 - ’70 del secolo scorso, ha innovato di significato la dimensione dei diritti, creando una ‘rottura’ con il passato e nuovi ‘spazi’ di libertà di autodeterminazione individuale<sup>28</sup>. La clausola del ‘*due process*’, contenuta nel XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, ha conosciuto una estensione applicativa formidabile, fornendo una legittimazione costituzionale a domande di tutela che si mostravano non più rinviabili (tra cui, certamente, le problematiche legate all’interruzione volontaria di gravidanza)<sup>29</sup>. Tuttavia, la mancanza di un diretto riferimento nel testo della Costituzione americana - e, nello specifico, del quattordicesimo emendamento - ha sollevato dubbi profondi da parte dei settori più conservatori della cultura giuridica, venendosi a creare un contesto in cui “*Roe has not been universally accepted [...] there are critics who believe that Roe went too far, too fast*”. Permangono, infatti, rilevanti orientamenti interpretativi - in particolare, le correnti dell’originalismo<sup>30</sup> - che oppongono forti resistenze al riconoscimento giurisprudenziale del diritto all’aborto quale prerogativa costituzionalmente tutelata (si

---

<sup>27</sup> *We conclude that neither of these provisions confers medical benefits sufficient to justify the burdens upon access that each imposes. Each places a substantial obstacle in the path of women seeking a previability abortion, each constitutes an undue burden on abortion access, Casey, supra, at 878 (plurality opinion), and each violates the Federal Constitution*”, *Whole Women’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S., 2. Sul punto, come specificato, nella nota § 19, si esprime diversamente il giudice Roberts, rimarcando nella sua *concurring opinion* il fatto di non condividere questa interpretazione dell’*undue burden*, fatta propria da parte della Corte Suprema, sia in *Whole Women’s Health v. Hellerstedt* sia in *June Medical Services v. Russo*, e ritenendo che lo svolgimento di un tale *balancing test* non appartenga al ruolo del giudice.

<sup>28</sup> A. D’ALOIDA, *Biodiritto <voce>*, in *Atlante di filosofia del diritto*, 48-49

<sup>29</sup> Si veda, sul punto, D. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, 2010, 12 e ss.

<sup>30</sup> Con riguardo alla corrente originaliste e alla sua modalità ‘interpretativa’ della Costituzione, si vedano, ad esempio, le note posizioni del giudice Antonio Scalia, “*The difficulty with Roe v. Wade is a legal rather than a moral one. I do not believe - and no one believes for 200 years - that the Constitution contains a right to abortion*”, cfr. Pew research Center, *Session Three: Religion, Politics and the Death Penalty*, (Jan. 25, 2002), <http://www.pewforum.org/2002/01/25/session-three-religion-politics-and-the-death-penalty/>, si veda sul punto anche R. CASSIDY, *Scalia on abortion: Originalism... but, why?*, in *Touro Law Review*, 2016, Vol. 32, n. 4.

veda, in questo senso, anche l'*opinion* del giudice Thomas, cfr. *infra* nota 22). Secondo la corrente originalista, il testo costituzionale deve essere interpretato in base al proprio '*original public meaning*', ossia secondo il 'senso' che tali disposizioni avevano presso l'opinione pubblica nel momento in cui sono state approvate (il quattordicesimo emendamento, così inteso, non potrebbe ricomprendere anche il diritto all'aborto). Il ruolo del giudice, dunque, sarebbe quello di andare a ricercare quel determinato significato e applicarlo al caso concreto, senza poter 'aggiornare' i relativi contenuti attraverso un'interpretazione di tipo evolutivo. Tale azione si configurerebbe come fortemente problematica nel rispetto del principio di separazione dei poteri, determinandosi il venire meno dei 'confini' fra decisione giudiziaria e regolazione legislativa. In realtà, occorre notare che in un ordinamento di "*common law*", come quello statunitense, la 'figura' del giudice acquista un peso determinante nella definizione e nell'applicazione degli argomenti costituzionali e normativi in generale; il precedente vincola l'azione del giudice, ma, al contempo, lascia un margine di 'flessibilità': "[...] *The common law is not an algorithm; it does not dictate results with mathematical certainty. When the precedents are clear which is often true the common law approach leaves no room for reasonable disagreement. But in the exceptional cases, when the precedents do not dictate a result, the common law approach does leave some room for judgment. [...]*"<sup>31</sup>. Tali considerazioni trovano spazio nell'ambito del concetto di "*living Constitution*", letteralmente una "Costituzione che vive", opposta alle dimensioni originaliste, secondo la quale il dato testuale, seppure cruciale, può riempirsi di significati nuovi, ulteriori, aderenti ai mutamenti del vivere sociale. Secondo tale orientamento, la Carta costituzionale può subire 'innovazioni' senza però essere "*formally emended*"<sup>32</sup>. I contenuti costituzionali, infatti, tendono a rappresentare formule aperte, soggette ad un processo di aggiornamento continuo dei loro significati che 'risente' di cambiamenti culturali, esigenze sociali, evoluzioni scientifiche<sup>33</sup>. È un linguaggio dinamico e 'progressivo', pensato per vivere nel tempo e, per questo, potenziale 'fulcro' di rielaborazioni e specificazioni interpretative ulteriori<sup>34</sup>. In questo modo, il testo costituzionale presenta una sua 'costante attualità', trovando spazio,

---

<sup>31</sup> D. STRAUSS, *Do we have a living Constitution?*, in *Drake Law Review*, 2010-2011, vol. 59, 977 e ss. L'autore prosegue richiamando lo storico caso *Brown v. Board of education*, attraverso il quale si è verificato il superamento del precedente *Plessy v. Ferguson*, applicano la Equal Protection Clause del quattordicesimo emendamento per abbattere la segregazione razziale nelle scuole pubbliche, sottolineando come tale 'principio', al tempo in cui è stato elaborato, non è stato di certo originariamente pensato per essere applicato in tale situazione (la segregazione razziale nelle scuole pubbliche si inseriva nell'ambito di un panorama socio-culturale caratterizzato dal principio "*separate but equal*"). Lo stesso punto è poi sviluppato ancora più approfonditamente in D. STRAUSS, *The living Constitution*, cit., 42-45, 76 e ss.

<sup>32</sup> D. STRAUSS, *The living Constitution*, cit., 120 e ss.

<sup>33</sup> Si veda, ancora, David Strauss: "*The world has changed in incalculable ways [...] Technology has changed, the international situation has changed, social mores have changed - all in ways that no one could have foreseen when the Constitution was drafted. And it is just no realistic to expect the cumbersome amendment process to keep up with these changes. So it seems inevitable that the Constitution will change, too. This is a good thing, because an unchanging constitution would fit our society very badly [...]*", D. STRAUSS, *The living Constitution*, cit., 1.

<sup>34</sup> Si veda, con particolare riguardo alla Costituzione italiana, A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, 2003, XVII e ss, XXVI e ss.; si veda anche A. D'ALOIA, *Eutanasia <voce>*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2012, "[...]

così, all'interno di una comunità sociale in continua evoluzione<sup>35</sup>. In particolare, appaiono emblematiche le parole di J. Balkin, a proposito del diritto all'aborto e alle possibilità interpretative del testo costituzionale, ritenendo che “[...] *The Constitution, and particularly the Fourteenth Amendment, was written with the future in mind. Its drafters deliberately chose broad language embracing broad principles of liberty and equality. Fidelity to the Constitution means applying its text and its principles to our present circumstances, and making use of the entire tradition of opinions and precedents that have sought to vindicate and implement the Constitution.*”<sup>36</sup>.

Il tema del diritto all'aborto, allora, si inserisce nell'evoluzione storica e sociale di quei concetti di libertà ed eguaglianza inscritti nel testo della Costituzione americana, ponendosi in linea, inoltre, con la tutela dell'integrità del proprio corpo e della autonomia (e riservatezza) del proprio contesto familiare<sup>37</sup>. La Corte Suprema, dunque, attraverso la pronuncia sul caso *June Medical Services v. Russo*, riesce a 'preservare' quella dimensione costituzionale dei diritti, costruita nel tempo e frutto di una trasformazione progressiva dei percorsi umani, impedendo una possibile regressione (seppure indiretta) di quelle libertà così faticosamente conquistate<sup>38</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, forse, il richiamo al mero principio dello *stare decisis* potrebbe risultare in un certo senso un po' 'parziale': non si tratta semplicemente del precedente *Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, ma di rispettare un ordinamento che ha posto, a partire dal caso *Roe v. Wade*, la facoltà di scelta della donna come prioritaria, proprio in quanto attinente ad una delle sfere più intime e profonde della persona. Lo Stato deve, dunque, astenersi da ingerenze 'eccessive' che possano creare gravi turbamenti nell'esercizio di questo diritto; è vero, tuttavia, che occorre sempre procedere a complesse forme di bilanciamento fra gli interessi in gioco in questi contesti.

---

*L'interpretazione delle norme costituzionali, soprattutto in quegli ambiti nei quali è molto forte il peso dell'evoluzione dei contesti umani e sociali, come certamente sono quelli presidiati dalle clausole costituzionali sulla tutela dei diritti e del principio di eguaglianza, non può essere "schiacciata" sul dato dei problemi e degli interessi che il Costituente aveva di fronte. Il linguaggio costituzionale è intrinsecamente una trama aperta ad un continuo aggiornamento di senso e di contenuti. [...]”, 306.*

<sup>35</sup> Con riguardo alla 'stabilità' e 'innovazione' dei contenuti costituzionali, si veda, sul punto, C. R. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds*, Princeton, 2009, 210, il quale sottolinea, molto efficacemente, come “[...] *the content of the America Constitution has significantly changed as a result of citizens' beliefs and commitments, developing over time. Americans celebrate the stability of their Constitution. But generational change is a fact of constitutional life*”.

<sup>36</sup> J. BALKIN, *Abortion and original meaning*, in *Constitutional Commentary*, 2007, vol 24, il quale, tuttavia, sostiene il superamento della dicotomia fra originalismo e “living constitutionalism”, ritenendo, con riferimento alle applicazioni ‘ulteriori’ del quattordicesimo emendamento che “*They are applications of text and principle that have become part of our constitutional tradition through the work of social movements and popular mobilizations. They might be good or bad applications; they might be incorrect or incomplete. That is for later generations to judge. But when people accept them, as Americans accept the notion of equality for women today, they are not simply doing so on the basis of reliance interests-i.e. that we gave women equal rights mistakenly in the 1970's, and now it's just too late to turn back. They are doing so in the belief that this is what the Constitution actually means, that this is the best, most faithful interpretation of constitutional text and principles*”, 302 e ss.

<sup>37</sup> Sul punto, D. STRAUSS, cit., 94, 95, secondo il quale “*a woman's right to reproductive freedom [...] lies at the intersection of two well-established legal traditions [...]*”, individuabili, appunto, nella tutela dell'integrità del corpo e dell'autonomia familiare.

<sup>38</sup> In particolare, si veda anche L. BUSATTA, cit., 4463, secondo cui “[...] *la Corte Suprema assume un ruolo che va oltre la mera salvaguardia costituzionale, ma si erge quale baluardo a difesa del punto d'approdo delle garanzie individuali, al fine di evitare un arretramento nel livello di tutela dei diritti.*”

Il caso del *Louisiana Unsafe Abortion Protection Act* ha rappresentato un importante banco di prova per la tenuta dei principi costituzionali così come precedentemente definiti (*Roe v. Wade*; *Planned Parenthood v. Casey*)<sup>39</sup>; la decisione non era affatto scontata a seguito della rinnovata composizione della Corte Suprema, verso una tendenza maggiormente conservatrice. Lo scarto è stato di un voto soltanto; i giudici Alito, Gorsuch, Thomas e Kavanaugh, infatti, non hanno condiviso la scelta di incostituzionalità, motivando in modo parzialmente diverso le relative *'dissenting opinion'*<sup>40</sup>.

Non è stato facile e probabilmente decisioni di questo tipo potrebbero risultare sempre più delicate.

L'interruzione volontaria di gravidanza negli Stati Uniti soffre ancora forti rigidità di carattere culturale e sociale, mostrando divisioni profonde che hanno visto nel tempo continue 'battaglie politiche' tra il fronte *pro-life* e quello *pro-choice*. Si tratta di un confronto continuo, che non conosce - almeno per il momento - un punto di sintesi.

Oltre al caso louisiano arrivato fino alla Corte Suprema, infatti, vi sono stati altri recenti interventi giurisdizionali, volti a riequilibrare le scelte antiabortiste messe in atto da alcuni Stati. Vale la pena ricordare, in particolare, il caso della Georgia, dove il 13 luglio di quest'anno il giudice distrettuale ha dichiarato incostituzionale la normativa (detta anche *heartbeat Bill*, riferendosi al primo battito del feto) che fissava attorno alle sei settimane il limite entro cui poteva realizzarsi l'interruzione volontaria di gravidanza (una soglia molto problematica se si pensa che a quell'epoca alcune donne non hanno ancora scoperto di essere incinte, o, nel caso, lo hanno saputo da pochissimo). Di recente, anche un limite dello stesso tipo è venuto meno (almeno temporaneamente) in Tennessee, dove è stata, inoltre, eliminata una legge in vigore dal 2015, la quale obbligava le donne ad un'attesa di 48 ore, prima di procedere all'aborto,

---

<sup>39</sup> Si ricordino anche i precedenti *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 US 490 (1989), in cui la Corte Suprema affermò la legittimità costituzionale di una legge del Missouri che obbligava il medico ad attestare la 'viability' del feto, ossia la capacità di vita autonoma del medesimo al di fuori dell'utero materno, prima di svolgere le operazioni di interruzione della gravidanza dopo la ventesima settimana, e in caso affermativo, il divieto di procedere all'aborto; *Gonzales v. Carhart* 550 US124 (2007), in cui la Corte Suprema stabilì la legittimità costituzionale della legge federale Partial-Birth Abortion Ban Act, attraverso la quale si vietava l'impiego di una certa procedura abortiva utilizzata nella fase del secondo trimestre. In particolare, quest'ultima pronuncia suscitò grandi divisioni, temendo che si trattasse di un iniziale tentativo di 'overruling' di quanto affermato con *Roe* nel 1973.

<sup>40</sup> Nelle varie *dissenting opinion* è rinvenibile l'argomento della carenza di legittimità processuale dei ricorrenti, ritenendo che medici e cliniche non potessero stare in giudizio, in quanto sprovvisti di un interesse ad agire, che invece si individua in capo ai pazienti. Il giudice Thomas, poi, ha aggiunto che, in ogni caso, il riconoscimento del diritto all'aborto attraverso il diritto alla privacy e grazie alla 'copertura costituzionale' del quattordicesimo emendamento rappresenta una 'farsa': *"More specifically, the idea that the Framers of the Fourteenth Amendment understood the Due Process Clause to protect a right to abortion is farcical. In 1868, when the Fourteenth Amendment was ratified, a majority of the States and numerous Territories had laws on the books that limited (and in many cases nearly prohibited) abortion. See id., at 175, n. 1.7 It would no doubt shock the public at that time to learn that one of the new constitutional Amendments contained hidden within the interstices of its text a right to abortion. The fact that it took this Court over a century to find that right all but proves that it was more than hidden—it simply was not (and is not) there. [...]"*. Il giudice Alito ha ritenuto che la causa dovesse essere rimandata alla Corte distrettuale per una corretta rivalutazione della legittimazione ad agire dei ricorrenti e delle conclusioni fattuali; valutazioni di questo tipo trovano riscontro anche nelle opinion dei giudici Gorsuch e Kavanaugh (che per mote parti si unisce ad Alito).

e a ricevere una consulenza scritta di carattere antiabortista, nel tentativo di condurle ad un ripensamento. Da ultimo, un altro esempio viene, di nuovo, dallo Stato del Texas, in cui il 14 ottobre è stata bloccata la normativa che vietava ai medici di utilizzare le procedure comunemente impiegate per i casi di aborto al secondo trimestre, determinando l'applicazione di pratiche più invasive, senza una reale motivazione scientifica e, dunque, senza alcun vantaggio sanitario per le pazienti<sup>41</sup>.

Dall'altro lato, invece, si colloca, ad esempio, lo Stato dell'Illinois che nel 2019 ha definito con apposita normativa il diritto all'aborto quale 'diritto fondamentale' della persona. In particolare, la legge, che è stata oggetto di molte critiche in ordine alla flessibilità con cui consente l'interruzione di gravidanza, stabilisce in questo modo che “*a) Every individual has a fundamental right to make autonomous decisions about the individual’s own reproductive health, including the fundamental right to use or refuse reproductive health care. (b) Every individual who becomes pregnant has a fundamental right to continue the pregnancy and give birth or to have an abortion, and to make autonomous decisions about how to exercise that right. (c) A fertilized egg, embryo, or fetus does not have independent rights under the laws of this State*”<sup>42</sup>. Sicuramente, lo Stato dell'Illinois potrebbe rappresentare anche una sorta di ‘Stato-rifugio’ per tutte quelle donne in difficoltà, che non riescono ad accedere alle pratiche abortive nel proprio Paese. Si pensi come anche il momento della pandemia da Covid-19 abbia portato diversi Stati americani (ma questo è accaduto anche al di fuori degli Stati Uniti) a ‘sacrificare’ le operazioni di interruzione di gravidanza, sospendendole o comunque non ritenendole di carattere ‘essenziale’ e determinando gravissime difficoltà per le gestanti, tra cui anche quella di doversi spostare da uno Stato all'altro (e senza considerare, come già detto, che, qui, il tempo rappresenta un fattore essenziale)<sup>43</sup>.

Alla luce di questi esempi, che vanno da Stati a tendenza antiabortista ad altri, che, al contrario, ribadiscono l'elevazione del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza a ‘diritto fondamentale’ della

---

<sup>41</sup> Sul punto e per un aggiornamento continuo sulle normative in tema di aborto, si veda la pagina del *Center for Reproductive rights*, consultabile al sito <https://reproductiverights.org/our-regions/united-states?page=0> , ultima consultazione 27.10.2020. In particolare, con riguardo alla divieto texano venuto meno, la stessa *American College of Obstetricians and gynecologist* (ACOG) ha affermato che “*the predominant approach to abortion after 13 weeks, commonly referred to as ‘dilation and evacuation, ’is evidence-based and medically preferred because it results in the fewest complications for women compared to alternative procedures [...] Efforts to ban specific types of procedures will limit the ability of physicians to provide women with the medically appropriate care they need, and will likely result in worsened outcomes and increased complications.*” Sui casi di Georgia e Tennessee, si veda, altresì, L. PELUCCHINI, cit.

<sup>42</sup> *Illinois Reproductive Health Right*, 2019. Si veda, in particolare, anche i siti del *Center for Reproductive rights* (<https://reproductiverights.org/state/illinois>) e dell'Associazione *Planned Parenthood* (<https://www.plannedparenthoodaction.org/planned-parenthood-illinois-action/issues/rha>), che dedicano un'accurata spiegazione delle dinamiche abortive nello Stato dell'Illinois.

<sup>43</sup> Relativamente alle difficoltà di accesso alle pratiche di aborto durante il periodo emergenziale della primavera 2020, si veda R. K. JONES, L. LINDBERG, E. WITWER, *COVID-19 Abortion Bans and Their Implications for Public Health*, disponibile al sito <https://pdfs.semanticscholar.org/3e77/3d99eb0ec73c500f2da0c1407b7a059bd2e2.pdf>, ultima consultazione 17.10.2020; M. J. BAYEFSKY, D. BARTZ, K. L. WATSON, *Abortion during the Covid-19 Pandemic — Ensuring Access to an Essential Health Service*, in *NEJM*, 7 maggio 2020.





persona, è facile comprendere come il dibattito sia caratterizzato da toni particolarmente gravi e spesso oggetto, impropriamente, di propaganda politica sia a livello statale, sia federale.

Emergono, dunque, equilibri davvero fragili e complessi allo stesso tempo, all'interno dei quali, tuttavia, occorre proteggere quanto raggiunto attraverso la pronuncia di *Roe v. Wade* nel 1973, quale punto di mediazione, non più revocabile, della capacità di scelta della donna; non è semplicemente una questione connessa alla tutela della *privacy*, ma viene in rilievo anche (e soprattutto) la protezione dell'integrità del proprio corpo, con la dimensione dell'eguaglianza e con il concetto di dignità della persona. Come sottolineava l'impareggiabile Ruth Bader Ginsburg “*The decision whether or not to bear a child is central to a woman’s life, to her well-being and dignity. When government controls that decision for her, she is being treated as less than a fully adult human responsible for her own choices*”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Ruth Bader Ginsburg è stata giudice della Corte Suprema dal 1993 al 2020; queste parole sono state pronunciate nel corso della sua udienza di nomina davanti al Senato nel 1993, si veda il documento *Nomination of Ruth Bader Ginsburg to be associate justice of the Supreme Court of the United States*, a cura del *Committee of the Judiciary, United States Senate*, 20-23 luglio 1993, reperibile al sito <https://www.loc.gov/law/find/nominations/ginsburg/bearing.pdf>, ultima consultazione in data 23.12.2020. Inoltre, si vedano anche le parole di L. TRIBE, *The Invisible Constitution*, 2008, 193, che con riferimento al diritto all'aborto afferma “*that proposition [...] is difficult if not impossible to reject without repudiating virtually every dimension of substantive liberty in the realm of bodily integrity - and without ignoring the link between reproductive freedom and the ability of women to participate on an equal footing with men as full citizens in the life of society*”.