

## ***Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023): il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson \****

Orlando Scarcello

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Contesto: *Dobbs v. Jackson* e le sue conseguenze sugli stati americani. – 3. *Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina*. – 4. Il *New Judicial Federalism*, ieri e oggi. – 5. Conclusione.

### 1. *Introduzione*

La sentenza *Planned Parenthood South Atlantic, et al. v. State of South Carolina, et al.* (nel prosieguo, *PP South Atlantic*), pronunciata dalla Corte Suprema della South Carolina il 5 gennaio 2023, si prospetta come una delle più rilevanti del corrente anno nel panorama comparatistico<sup>1</sup>. *PP South Atlantic* costituisce una delle prime reazioni giuridiche (anziché esclusivamente politiche) alla sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del giugno 2022 che, come noto, ha visto la Corte Suprema degli Stati Uniti disconoscere l'esistenza di un diritto federale all'aborto<sup>2</sup>. In questo contributo si ricostruirà come, nel reagire a *Dobbs*, la Corte Suprema della South Carolina abbia identificato un diritto analogo guardando esclusivamente alla costituzione dello stato. In tal modo, la Corte ha rinverdito una tradizione fiorita soprattutto durante gli anni Settanta e Ottanta, quella del c.d. *New Judicial Federalism*. Questa espressione, tipica del dibattito giuridico americano, indica la pratica delle corti degli stati americani di utilizzare norme tratte dalle proprie costituzioni in luogo di quelle federali se convinte della necessità di assicurare uno standard di tutela più elevato. *PP South Atlantic* rappresenta uno dei casi più eclatanti di questa una tradizione costituzionale e, di conseguenza, un documento di grande interesse per comprendere il funzionamento del federalismo americano.

Il saggio è organizzato in cinque parti. Conclusa questa breve introduzione (1), la seconda parte ricostruisce la vicenda che ha portato alla decisione *PP South Atlantic*, richiamando brevemente la situazione precedente alla sentenza *Dobbs*, il radicale cambiamento giuridico determinato da quest'ultima e, infine, le vicende successive a *Dobbs* che hanno portato alla sentenza in esame (2). La terza parte analizza in dettaglio *PP South Atlantic*, ricostruendo le cinque separate opinioni rese dai giudici

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Contributo elaborato nell'ambito del progetto RESHUFFLE, col supporto dello European Research Council (European Union's Horizon 2020 research and innovation programme, No. 851621).

<sup>1</sup> *Planned Parenthood South Atlantic v State*, 438 S.C. 188, 882 S.E.2d. 770 (2023).

<sup>2</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

della corte: tre di maggioranza, a sostegno dell'esistenza di un diritto alla scelta e alla disposizione del proprio corpo nella costituzione della South Carolina, e due dissenzienti (3). In ultimo, la quarta parte situa *PP South Atlantic* all'interno della tradizione del *New Judicial Federalism*, ricostruendo la storia di quest'ultimo e le ragioni per cui *PP South Atlantic* può esserne considerata un esempio (4). Seguono alcune brevi considerazioni riepilogative (5).

## 2. Contesto: Dobbs v. Jackson e le sue conseguenze sugli stati americani

Sintetizzando brevemente eventi piuttosto noti agli addetti ai lavori, con la celebre sentenza *Roe v. Wade* del 1973, la Corte Suprema degli Stati Uniti diede una svolta radicale alla protezione dei diritti fondamentali in America riconoscendo un diritto all'aborto a livello federale. Più precisamente, la Corte Suprema dichiarò incostituzionali le leggi statali o federali limitative della scelta di interrompere la gravidanza durante le prime 24 settimane, perché lesive del diritto alla privacy tutelato dalla c.d. *Due Process clause* del XIV Emendamento alla Costituzione americana<sup>3</sup>. Val la pena di ricordare come il XIV Emendamento in effetti non citi testualmente il diritto alla privacy: si trattò di un'interpretazione creativa (e assai criticata<sup>4</sup>) della Costituzione. Dopo aver identificato un diritto alla privacy già in *Griswold v. Connecticut* del 1965 come "emanazione" o "penombra" di altri diritti testualmente citati nel *Bill of Rights*<sup>5</sup>, in *Roe* la Corte Suprema estese il concetto di privacy al caso dell'aborto. La Corte tornò ulteriormente sulla questione nel 1992 in *Planned Parenthood v. Casey*: pur consentendo agli stati di imporre periodi di attesa prima dell'interruzione di gravidanza e pur richiedendo di fornire informazioni sulle alternative, *Casey* stabilì che queste norme non avrebbero comunque dovuto costituire un eccessivo ostacolo (*undue burden*) al diritto all'aborto<sup>6</sup>.

Nel complesso, *Casey* confermò il contenuto essenziale di *Roe*. L'idea di autonomia individuale, espressa in comportamenti e attività assai diverse l'una

---

<sup>3</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). La sentenza divide la gravidanza in tre periodi: il primo trimestre, in cui l'aborto sarebbe stato comunque possibile; il periodo compreso tra la fine del primo trimestre e l'idoneità del feto a sopravvivere (c.d. *viability*), in cui sarebbe stato possibile ma con modalità regolate dagli stati per tutelare la salute della donna; il periodo compreso tra la *viability*, individuata alla ventiquattresima settimana, e la fine della gravidanza, in cui sarebbe stato possibile solo in casi di pericolo per la salute della donna.

<sup>4</sup> La letteratura accademica in merito è estremamente ampia. Tra le più celebri e immediate critiche a *Roe* si vedano, a titolo di esempio, John Hart Ely, 'The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*' (1973) 82 *The Yale Law Journal* 920; Laurence H Tribe, 'Foreward: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law' (1973) 87 *Harvard Law Review* 1.

<sup>5</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>6</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

dall'altra, costituì la base giuridica di diverse decisioni successive<sup>7</sup>, quali *Lawrence v. Texas* del 2003 sulla liceità dei rapporti omosessuali e *Obergefell* del 2015 sulla parificazione federale del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale<sup>8</sup>.

Pur avendo rappresentato il fondamento legale dell'accesso all'interruzione di gravidanza negli Stati Uniti per circa mezzo secolo, la legittimità e la correttezza giuridiche *Roe* non furono mai accettate da una parte dei conservatori americani<sup>9</sup>. Dopo decenni di attivismo politico e un significativo cambiamento nella composizione della Corte Suprema,<sup>10</sup> nel 2022 gli sforzi di questi ultimi sono stati infine premiati con la pubblicazione della già citata sentenza *Dobbs*.

Preceduta da un'insolita fuga di notizie a poco più di un mese dalla pubblicazione<sup>11</sup>, la sentenza *Dobbs* del 24 giugno 2022 è particolarmente complessa e si compone di un'opinione di maggioranza, scritta dal giudice Samuel Alito e supportata dai giudici Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett, di tre opinioni concorrenti (dei giudici Thomas e Kavanaugh e del *Chief Justice* Roberts) e di una lunga opinione dissenziente dei giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, oltre che di due appendici. Questa non è certamente la sede appropriata per analizzarla in dettaglio. Basterà ricordare l'argomento principale della maggioranza della Corte: non esiste alcun supporto nel testo della Costituzione americana per individuare un diritto all'aborto come manifestazione del diritto alla privacy, né il diritto all'aborto risponde ai due criteri in base ai quali è possibile individuare diritti impliciti nella clausola sul *Due Process* del XIV Emendamento, ossia l'essere radicato nella storia e nella tradizione del paese (*deeply rooted in this Nation's history and tradition*) e l'essere essenziale nel bilanciamento delle libertà costituzionali (*implicit in the concept of ordered liberty*). Di conseguenza, la maggioranza in *Dobbs* ritiene che la sentenza *Roe* debba essere ribaltata e dichiara incostituzionale la normativa impugnata, ossia la legge dello stato del Mississippi che impediva la possibilità di interrompere la gravidanza dopo 15 settimane (*Mississippi's Gestational Age Act*, 2018).

Comprensibilmente, le reazioni a *Dobbs* sono state molte e assai eterogenee: naturalmente una certa soddifazione da parte di importanti esponenti repubblicani e

---

<sup>7</sup> M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America – A Contextual Analysis*, Oxford, 2015, p. 204-217.

<sup>8</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>9</sup> R. Fallon, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, 2013, p. 211: "Whatever the Justices may have thought, *Roe v. Wade* sparked a furor that has still not subsided roughly forty years later. Abortion opponents have never accepted *Roe's* legitimacy".

<sup>10</sup> Le nomine dei giudici Gorsuch, Kavanaugh e Barrett durante l'amministrazione Trump (in sostituzione di Kennedy, Scalia e Ginsburg) hanno consegnato alla componente conservatrice della Corte una maggioranza di sei voti (teorici) a tre. Per la successione temporale delle nomine alla Corte Suprema si veda [https://www.supremecourt.gov/about/members\\_text.aspx](https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx)

<sup>11</sup> La prima bozza dell'opinione di maggioranza è stata pubblicata nel maggio 2022 su *Politico*. <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

un forte disappunto in molti democratici<sup>12</sup>, ma anche un probabile effetto sull'elettorato in vista delle elezioni di metà mandato del Novembre 2022 (effettivamente conclusesi con un risultato democratico superiore alle aspettative)<sup>13</sup>, nonché un crollo della legittimità della Corte Suprema nell'opinione pubblica (specialmente in quella di sinistra)<sup>14</sup>.

Una parte delle reazioni a *Dobbs*, ad ogni modo, va cercata a livello di politica statale, ove è possibile rintracciare, esattamente come a livello federale, sia reazioni positive, sia forme di opposizione.<sup>15</sup>

Alcuni stati democratici, in effetti, hanno rapidamente tentato di contrastare le conseguenze pratiche della sentenza. I governatori degli stati della costa occidentale, California, Oregon e Washington, hanno pubblicamente annunciato un accordo per lo stanziamento di fondi al fine di consentire l'arrivo di pazienti da altri stati per usufruire dell'interruzione di gravidanza nel proprio territorio. L'accordo ha previsto il diniego di estradizione per chi avesse interrotto la gravidanza nelle proprie strutture verso stati che ne prevedessero la criminalizzazione<sup>16</sup>. Poche settimane dopo, l'elettorato del Kansas ha rifiutato con un referendum di inserire una proibizione dell'aborto nella propria costituzione<sup>17</sup>, mentre quelli di California, Michigan e Oregon hanno esplicitamente approvato la codificazione del diritto all'interruzione di gravidanza nelle proprie costituzioni<sup>18</sup>.

Sul lato opposto dello spettro politico, tuttavia, si trovano stati la cui reazione a *Dobbs* è risultata notevolmente più positiva. In tredici stati, in particolare, delle leggi destinate a entrare in vigore non appena *Roe* fosse stata ribaltata e che proibivano l'aborto nel primo o nel secondo trimestre di gravidanza erano già state approvate dai parlamenti statali (cc.dd. *trigger laws*), a testimonianza della mai cessata contrarietà a *Roe* in una grossa fetta degli stati americani<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> A titolo di esempio, il leader della minoranza repubblicana al Senato Mitch McConnell ha parlato di una sentenza coraggiosa e corretta, mentre l'allora *Speaker* della Camera Nancy Pelosi l'ha definita oltraggiosa. Una serie di reazioni di vari esponenti politici di entrambi i partiti è consultabile su *Politico*: <https://www.politico.com/minutes/congress/06-24-2022/reactions-to-abortion-decision/>.

<sup>13</sup> Il sito di analisi politiche *Vox* identificava nell'opposizione a *Dobbs* di parte della popolazione una delle ragioni principali per i sondaggi positivi per i democratici. <https://www.vox.com/policy-and-politics/2022/9/14/23339467/midterm-elections-democrats-polls-dobbs>.

<sup>14</sup> <https://newrepublic.com/article/167846/supreme-court-legitimacy-crisis-dobbs>.

<sup>15</sup> Al di là degli esempi citati di seguito, si veda l'analisi sistematica di Martin K Mayer et al., 'Dobbs, American Federalism, and State Abortion Policymaking: Restrictive Policies Alongside Expansion of Reproductive Rights' (2023) *Publius: The Journal of Federalism* 1.

<sup>16</sup> <https://www.gov.ca.gov/2022/06/24/west-coast-states-launch-new-multi-state-commitment-to-reproductive-freedom-standing-united-on-protecting-abortion-access/>.

<sup>17</sup> <https://www.politico.com/news/2022/08/21/kansas-recount-favor-abortion-rights-00053046>.

<sup>18</sup> <https://www.nytimes.com/2022/11/09/us/abortion-rights-ballot-proposals.html>.

<sup>19</sup> Si tratta di Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, and Wyoming. Si veda un quadro complessivo delle modifiche legislative in atto in <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

In sintesi, la diversità delle conseguenze politiche e costituzionali di *Dobbs* testimonia un punto chiave di questo commento (su cui si tornerà nella sezione 4): *Dobbs* ha rinvigorito la struttura federale dell'ordinamento americano dando la possibilità a stati con elettorati, storie e tradizioni diverse di regolare un tema straordinariamente controverso in modo differente.

In modo simile ad altri stati a guida repubblicana, la South Carolina si era recentemente dotata di una legislazione restrittiva in relazione al diritto all'aborto. L'Assemblea Generale della South Carolina (*General Assembly*), organo legislativo dello stato, aveva approvato nel gennaio 2021 il *Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act* (nel prosieguo *Fetal Heartbeat Act*), così vietando il ricorso all'interruzione di gravidanza a partire da momento in cui fosse possibile percepire un'attività cardiaca<sup>20</sup>. La legge, firmata dal governatore McMaster il 18 febbraio 2021, modificava in senso restrittivo la precedente legislazione del 2016, che a sua volta aveva interdetto l'aborto solo a partire alla ventesima settimana, poiché le prime tracce di attività cardiaca sono rinvenibili già a partire dalla sesta settimana di gestazione. Il risultato dell'applicazione del *Fetal Heartbeat Act* sarebbe stato, dunque, una considerevole diminuzione dei tempi per il ricorso all'aborto legale nello stato. L'immediata conseguenza di questa riforma è stata l'impugnazione di fronte ai tribunali federali: la giudice federale Mary Geiger Lewis già il 19 febbraio ne aveva sospeso l'applicazione con un provvedimento cautelare confermato il mese successivo dalla corte distrettuale per la South Carolina (*United States District Court for the District of South Carolina*)<sup>21</sup>. Il 22 febbraio 2022, il ricorso contro la misura cautelare della corte distrettuale si è chiuso con una conferma della sospensione da parte della Corte d'Appello (*United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*)<sup>22</sup>.

La pubblicazione della sentenza *Dobbs* nel giugno 2022, tuttavia, ha determinato una revoca della sospensione cautelare ad opera della Corte d'Appello del *Fourth Circuit* ed un rinvio alla corte distrettuale. Questa ha immediatamente respinto il ricorso contro la legge dello stato della South Carolina alla luce del nuovo quadro giuridico<sup>23</sup>. In sintesi, la pubblicazione di *Dobbs* ha ribaltato l'esito della controversia, salvando un provvedimento altrimenti destinato ad essere giudicato incostituzionale.

La battaglia legale, tuttavia, non si è interrotta, ma spostata dai tribunali federali a quelli dello stato della South Carolina, aprendo la strada alla sentenza *PP South Atlantic*. Il 13 luglio 2022, l'associazione *Planned Parenthood South Atlantic*, la clinica *Greenville Women's Clinic* e due medici, Katherine Farris e Terry L. Buffkin, hanno nuovamente impugnato la normativa, questa volta di fronte ad un tribunale statale.

---

<sup>20</sup> 2021 S.C. Acts, Act No. 1 (SB 1), s 3, eff. 2/18/2021, *Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act*.

<sup>21</sup> *Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson*, 527 F. Supp. 3d 801 (D.S.C. 2021).

<sup>22</sup> *Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson*, 26 F.4th 600 (4th Cir. 2022).

<sup>23</sup> *Planned Parenthood S. Atl. v. Wilson*, No. 3:21-00508- MGL, 2022 WL 2905496 (D.S.C. July 22, 2022).

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

Lo stato della South Carolina ne ha richiesto e ottenuto il trasferimento alla Corte Suprema dello stato in sede di giurisdizione originaria (*original jurisdiction*). Nell'agosto 2022, la Corte Suprema della South Carolina si è pronunciata una prima volta sospendendo di nuovo in via cautelare la normativa impugnata. Il 5 gennaio 2023, la decisione della Corte ha infine visto la luce e dichiarato incostituzionale il *Fetal Heartbeat Act*.

Vale la pena di ricordare come nel momento in cui si scrive (giugno 2023), la battaglia politica e legale per il diritto all'aborto in South Carolina non si sia affatto esaurita. Il 25 maggio 2023, il governatore McMaster ha firmato un secondo provvedimento legislativo, il Senate Bill 474, di contenuto assai simile al primo.<sup>24</sup> Il giorno successivo, su istanza degli stessi attori del primo ricorso, la sezione civile del tribunale del quinto circuito dello stato (*Court of Common Pleas for the Fifth Judicial Circuit*) ha sospeso in via cautelare anche il Senate Bill 474, in attesa che la Corte Suprema dello stato abbia modo di pronunciarsi nuovamente sulla vicenda.<sup>25</sup> L'esito finale della controversia, di conseguenza, è ancora incerto.

In sintesi, *PP South Atlantic* dev'essere contestualizzata all'interno della decennale lotta politica e giuridica relativa al diritto federale all'aborto. Stabilito dalla Corte Suprema con *Roe*, questo non ha mai cessato di essere ferocemente contestato dai suoi oppositori, fino al ribaltamento del 2022 con *Dobbs*. La stessa *Dobbs*, tuttavia, sposta la responsabilità di decidere sugli stati, lasciandoli liberi di legiferare a favore o contro nuove restrizioni all'interruzione volontaria di gravidanza. *PP South Atlantic*, tuttavia, pone una questione ulteriore: quanto spazio di manovra hanno gli stati americani per legiferare in un senso o nell'altro? La prossima sezione esaminerà la risposta a questa domanda nel caso della South Carolina.

### 3. Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina

Com'era da aspettarsi per un caso così delicato, la sentenza pubblicata il 5 gennaio 2023 è particolarmente lunga, articolata e controversa: la decisione è stata presa col minimo scarto possibile, per 3 voti a 2, e ciascuno dei giudici ha deciso di pubblicare un'opinione separata. L'opinione di maggioranza, sottoscritta dal *Chief Justice* Beatty e dai giudici Few e Hearn, ha stabilito che il diritto all'interruzione di gravidanza è protetto dalla clausola sulla privacy dell'articolo 1, sezione 10 della Costituzione della South Carolina, sancendo la tutela a livello statale del diritto precedentemente rimosso da *Dobbs*. Due opinioni dissenzienti sono state presentate dai giudici Kittredge e James, in minoranza.

Un primo punto da sottolineare è il risultato anomalo della votazione. Come ricordato nella sezione precedente, il ribaltamento della sentenza *Roe* è stato il

<sup>24</sup> South Carolina Senate Bill 474, 125<sup>th</sup> Gen. Assembly, Special Session (S.C. 2023).

<sup>25</sup> Court of the Common Pleas for the Fifth Circuit, C/A No.: 2023-CP-40-002745.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

risultato di un cambiamento nella composizione della Corte Suprema in senso conservatore, con un aumento del numero di giudici vicini ai repubblicani. La South Carolina, invece, è uno stato saldamente repubblicano da due decenni: la composizione della più alta corte interna, i cui membri sono nominati dalla *General Assembly*, rispecchia questo orientamento politico e non ha subito modifiche recenti. Uno studio del 2020 sulle affiliazioni politiche dei giudici degli stati americani, in effetti, colloca la Corte Suprema dello stato tra quelle fermamente in mano repubblicana<sup>26</sup>. Un risultato differente rispetto a quello raggiunto dalla maggioranza repubblicana a Washington, seppur risicato, è di per sé abbastanza sorprendente.

Di seguito si ricapitolano i punti salienti di ciascuna opinione resa.

Tra le opinioni predisposte dai giudici di maggioranza, la principale, da considerarsi come opinione dell'intera Corte (*lead opinion*), è quella della giudice Kaye Hearn e ruota attorno a tre problemi chiave, che ricorrono anche nelle altre opinioni: se la Costituzione dello stato preveda effettivamente un autonomo diritto alla privacy; se il diritto alla privacy comprenda anche un diritto all'interruzione di gravidanza; se la normativa impugnata, il provvedimento *Fetal Heartbeat Act*, violi questo diritto.

La prima questione è risolta in senso positivo: esiste un autonomo diritto alla privacy nella costituzione dello stato. L'*iter* per arrivare a questo risultato è tuttavia piuttosto intricato. Il problema deriva dalla formulazione testuale dell'articolo 1, sezione 10:<sup>27</sup> questa tutela i cittadini contro "perquisizioni e sequestri non ragionevoli" (*unreasonable searches and seizures*) e contro "irragionevoli invasioni della privacy" (*unreasonable invasions of privacy*). Se ne riporta il testo di seguito:

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures and unreasonable invasions of privacy shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, the person or thing to be seized, and the information to be obtained.*

Ne segue un dubbio relativo al rapporto tra le due clausole: la garanzia contro invasioni della privacy è da considerarsi come un diritto a sé stante oppure solo come una specificazione della clausola precedente? Le conseguenze per il caso del diritto all'aborto sono particolarmente rilevanti: mentre è immaginabile che il diritto a decidere sull'interruzione di una gravidanza sia pensato come una forma di diritto alla privacy (in quanto autonoma disposizione del proprio corpo), le norme contro sequestri e perquisizioni irragionevoli sono tipiche del processo penale, rivolte contro eventuali abusi da parte delle forze dell'ordine. Se il diritto alla privacy non esiste

---

<sup>26</sup> [Ballotpedia Courts: State Partisanship - Ballotpedia](#).

<sup>27</sup> La Costituzione della South Carolina prevede un articolo 1 intitolato *Declaration of Rights* contenente il catalogo dei diritti tutelati dallo stato, ordinati in sezioni.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

autonomamente, è assai più difficile immaginare un diritto all'aborto. La giudice Hearn interpreta la clausola sulle irragionevoli violazioni della privacy come autonoma sulla base di un semplice argomento testuale: se il testo identifica una clausola separata, questa dev'essere interpretata come autonoma, altrimenti la corte eliminerebbe senza giustificazione parte della sezione 10. Il punto è particolarmente importante dal momento che, come Hearn ricorda, uno degli argomenti usati in *Dobbs* per smantellare *Roe* è legato al fatto che una clausola esplicita sul diritto alla privacy manca nel catalogo dei diritti federali. Riconoscendo la differenza tra l'articolo 1 sezione 10 della Costituzione dello stato ed il XIV Emendamento, Hearn distingue il caso in esame da *Dobbs* e può dunque permettersi di seguire un'argomentazione completamente diversa.

La seconda questione, ossia come vada interpretato il diritto alla privacy, è risolta stabilendo che esso comprende un diritto all'aborto. Il più grosso ostacolo a questa interpretazione è posto da un altro elemento ricorrente in tutte le opinioni, ossia il richiamo ai lavori preparatori della c.d. commissione West: soggetto incaricato nel 1966 di redigere una proposta di modifica alla Costituzione dello stato, terminò i lavori con una bozza finale da sottoporre al vaglio dell'Assemblea Generale. A detta di Hearn, ad ogni modo, dai lavori preparatori non emerge nulla di definitivo: pur avendo, infatti, inequivocabilmente pensato la clausola sulla privacy della sezione 10 come garanzia contro la raccolta di dati personali tramite nuovi strumenti tecnici, gli stessi membri della commissione ebbero un atteggiamento aperto nei confronti della possibilità di includere nel significato di "privacy" anche altri significati. Inoltre, e soprattutto, la Corte non si è mai ritenuta vincolata alle indicazioni della commissione nell'interpretare la costituzione dello stato. Al contrario, due precedenti di particolare importanza sono citati per sostenere l'idea di un significato più ampio della nozione di privacy, *State v. Blackwell* del 2017<sup>28</sup> e, soprattutto, *Singleton v. State* del 1993<sup>29</sup>. In *Singleton*, caso chiave richiamato più volte nella sentenza, la sottoposizione di un detenuto malato di mente e condannato alla pena di morte ad un trattamento sanitario obbligatorio al solo fine di permetterne l'esecuzione ne avrebbe violato il diritto alla privacy come riconosciuto dall'articolo 1, sezione 10 della Costituzione dello stato. Ciò dimostrerebbe inequivocabilmente, secondo Hearn, che il concetto di "privacy" nella costituzione della South Carolina si estenderebbe al di là di quanto immaginato dalla commissione West: il testo della sezione 10 non menziona il diritto all'aborto, ma neppure il diritto a non ricevere un trattamento sanitario obbligatorio

---

<sup>28</sup> In *Blackwell*, caso richiamato anche dal giudice Few e ritenuto invece irrilevante dal giudice James nella sua opinione dissenziente, a detta di Hearn la Corte aveva ritenuto il diritto a mantenere riservate le informazioni relative alla propria salute mentale come parte del più generale diritto alla privacy, anche quando queste informazioni fossero necessarie a soddisfare il diritto di un imputato a confrontarsi col suo accusatore in un processo penale, così uscendo dal più limitato significato di protezione contro la raccolta di dati personali con nuovi strumenti tecnici. 420 S.C. 127,801 S.E.2d 713.

<sup>29</sup> 313 S.C. 75, 437 S.E. 2d 53.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

nelle circostanze di *Singleton*. Negare la possibilità di un'interpretazione estensiva nel primo caso obbligherebbe a negarla, per coerenza, anche nel secondo<sup>30</sup>. Infine, Hearn si lancia in un'analisi comparata delle decisioni degli altri stati americani dotati di clausole costituzionali sulla privacy. Ne conclude che, su dieci stati con una clausola sulla privacy, cinque hanno considerato l'aborto come parte del diritto alla privacy (Alaska, Florida, Minnesota, Montana e Tennessee) e uno come un concetto comunque più esteso rispetto alle sole garanzie contro perquisizioni e sequestro, ampio abbastanza da includere un diritto all'autonomia decisionale in materie quali matrimonio, procreazione, rapporti familiari, istruzione ed educazione dei figli. Questo punto è di particolare interesse poiché mostra come l'ostilità dei giudici americani all'argomento comparato<sup>31</sup> vada in realtà limitata al significato "classico" di comparazione come analisi di ordinamenti stranieri<sup>32</sup>, ma non anche di quelli subnazionali: le vicende costituzionali degli altri stati "fratelli" (*sister states*) sono anzi richiamate con naturalezza<sup>33</sup>.

La terza questione, se la normativa approvata in South Carolina nel 2021 sia compatibile con la clausola sulla privacy interpretata in senso esteso, è risolta negativamente: la legge è incostituzionale e conseguentemente nulla. Hearn, la cui opinione è quella della maggioranza della Corte, applica come standard di giudizio il c.d. *strict scrutiny*, il più rigoroso test disponibile ai giudici americani, riservato ai casi in cui oggetto del giudizio siano norme che restringono diritti fondamentali (il caso più celebre è la libertà d'espressione) o che traccino distinzioni tra gruppi di cittadini sulla base delle cc.dd. "categorie sospette" (ad esempio, razza o cittadinanza). Poiché il caso riguarda il diritto alla privacy, Hearn ritiene che un diritto fondamentale sia potenzialmente leso e che, dunque, si applichi lo *strict scrutiny*. Ne segue che l'onere di provare che la normativa è costituzionale grava sullo stato (anziché chiedere ai ricorrenti di provarne l'incostituzionalità), che solo un interesse dello stato particolarmente stringente (*compelling*) può giustificare la restrizione del diritto fondamentale e che, in ogni caso, la restrizione dev'essere la meno invasiva tra tutte quelle disponibili (*least restrictive means*) e dev'essere costruita nel modo più preciso possibile (*narrow tailoring*)<sup>34</sup>. La South Carolina sostiene di tutelare l'interesse alla vita e alla salute del feto, nonché quello ad una gravidanza sana, tre interessi presentati come rilevanti abbastanza da soddisfare lo *strict scrutiny*. Hearn considera gli interessi alla vita e alla salute del feto non sufficientemente stringenti, perché riconosciuti solo

<sup>30</sup> In tal modo, Hearn conferma una previsione avanzata già nel 1994, ossia che l'interpretazione ampia della clausola sulla privacy sarebbe stata prima o poi estesa ad altri casi. Si veda Gregory Forman, 'Privacy Rights in South Carolina after Singleton v. State' (1994) 5 South Carolina Lawyer 24.

<sup>31</sup> M. Tushnet, *The Constitution*, cit., p. 262-264.

<sup>32</sup> Damiano Canale, 'Comparative Reasoning in Legal Adjudication' (2015) 28 The Canadian Journal of Law and Jurisprudence 5.

<sup>33</sup> Cfr. A. Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton, 1998, p. 199-200.

<sup>34</sup> Sulle origini, sviluppo e grande diversità interna del test di *strict scrutiny*, si veda Richard H Fallon, 'Strict Judicial Scrutiny' (2007) 54 UCLA Law Review 1267.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

alle persone fisiche in South Carolina, non anche ai nascituri. Potrebbero essere considerati stringenti solo una volta raggiunta l'idoneità a sopravvivere fuori dal grembo materno (*viability*). L'interesse ad una gravidanza sana, infine, è inteso come interesse a decidere in maniera informata della gravidanza. Hearn ritiene l'interesse rilevante, ma non adeguatamente rispettato: poiché, sulla base delle perizie presentate di fronte alla corte, la maggioranza delle donne in South Carolina risulta scoprire di essere incinta dopo la quinta settimana di gestazione, il termine imposto dal *Fetal Heartbeat Act* è ritenuto troppo breve perché una decisione possa essere presa in modo informato (l'interruzione di gravidanza sarebbe disponibile solo fino al primo segno di attività cardiaca, a circa sei settimane). La tutela dell'interesse della madre sarebbe solo teorica, ma concretamente irrealistica. Il legislatore dello stato ha, dunque, solo apparentemente tutelato l'interesse ad una gravidanza sana. Sulla base di questo argomento, Hearn conclude per l'incostituzionalità del *Fetal Heartbeat Act*: al fine di tutelare interessi non stringenti del feto (e, almeno sulla carta, quello stringente della madre a una gravidanza sana e informata), la legislazione in realtà riduce in modo irragionevole il diritto della madre a disporre autonomamente della gravidanza (implicito nel diritto alla privacy). Quest'ultimo ne risulta talmente limitato da essere di fatto annullato o, per usare la terminologia dei giuristi europei, violato nel suo "contenuto essenziale"<sup>35</sup>.

L'opinione della giudice Hearn è stata qui spiegata in dettaglio perché, come già accennato, essa costituisce la *lead opinion* della Corte. Le restanti quattro opinioni saranno riassunte con maggiore brevità.

L'opinione concorrente del *Chief Justice* Beatty riprende molti degli argomenti di Hearn (la soglia troppo breve dell'attività cardiaca, il valore non vincolante dei lavori della commissione West, la differenza tra diritto alla privacy e garanzia contro perquisizioni e sequestri). Due punti ulteriori meritano di essere ricordati. In primo luogo, Beatty riserva una critica particolarmente dura alla sentenza *Dobbs*, giudicata una disastrosa violazione della dottrina del precedente vincolante (*a catastrophic blow to stare decisis*): una critica così esplicita alla Corte Suprema degli Stati Uniti da parte del primo giudice della corte suprema di uno stato è di per sé abbastanza interessante. In secondo luogo, a detta di Beatty il *Fetal Heartbeat Act* non viola solo l'articolo 1, sezione 10 della Costituzione dello stato, come sostenuto da Hearn, ma anche il principio di uguaglianza (*Equal Protection clause*) e la clausola sul giusto procedimento (*Due Process*), entrambe alla sezione 3 dell'articolo 1. Secondo Beatty, l'*Equal Protection clause* è violata poiché la legge esaminata individua dei casi eccezionali nei quali l'aborto sarebbe possibile anche dopo la rilevazione di attività cardiaca (stupro, incesto, rischio di morte o invalidità per la madre, malformazioni fetali). A suo giudizio, ciò proverebbe che l'interesse del feto è ritenuto dal legislatore stringente in certi casi, ma non in altri, introducendo distinzioni irragionevoli per un interesse

---

<sup>35</sup> Maja Brkan, 'The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to Its Core' (2018) 14 European Constitutional Law Review 332.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):

*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

fondamentale. Inoltre, sarebbe violata la clausola sul *Due Process* intesa sia in senso formale (poiché il concetto di attività cardiaca rilevata è in realtà vago e indeterminato, elementi che rendono invalida una legislazione che stabilisce sanzioni penali), sia in senso sostanziale, poiché il diritto all'interruzione di gravidanza è da considerarsi come tutelato anche da questa clausola, tradizionalmente usata (come anche a livello federale) per giustificare la protezione di diritti impliciti<sup>36</sup>.

Nella seconda opinione concorrente, quella del giudice Few, si segnalano due punti. In primo luogo, Few distingue esplicitamente tra un bilanciamento di interessi "ragionevole", che non sacrifica eccessivamente uno dei due diritti in esame e merita di essere lasciato al legislatore, e uno "irragionevole", che comporta l'annullamento di uno dei due interessi e richiede un intervento del potere giudiziario: una definizione abbastanza esplicita del c.d. *balancing*, per certi versi l'equivalente americano del concetto europeo di proporzionalità<sup>37</sup>. In secondo luogo, Few non riconosce all'interesse all'autonomia personale della madre il rango di diritto fondamentale e, dunque, è in disaccordo con l'applicazione dello *strict scrutiny*.

Due sono le opinioni dissenzienti allegare alla sentenza, quella del giudice Kittredge e quella del giudice James.

Kittredge enfatizza in modo particolare l'argomento storico: la principale fonte sulle intenzioni degli autori della Costituzione della South Carolina, ossia la commissione West, indicava chiaramente nella raccolta di dati personali con nuovi strumenti tecnologici (e null'altro) l'obiettivo della codificazione di un diritto alla privacy: la Corte Suprema dello stato non avrebbe dovuto discostarsi da questa interpretazione originaria. Esiste, secondo Kittredge, un diritto all'autonomia personale in materia di salute personale, ma la fonte di questo diritto sarebbe la clausola sul *Due Process* (articolo 1, sezione 3), non quella sul diritto alla privacy (articolo 1, sezione 10). Il diritto all'autonomia personale previsto dalla *Due Process clause*, ad ogni modo, non comprende anche un diritto all'aborto per due ragioni. In primo luogo, perché esso non appartiene alla storia costituzionale dello stato, requisito chiave per il riconoscimento di un diritto implicito<sup>38</sup>. Secondariamente, perché l'interesse a decidere autonomamente del proprio corpo trova un ostacolo

---

<sup>36</sup> La clausola sul *due process* dell'articolo 1, sezione 3 è pressoché identica alla clausola gemella del XIV Emendamento alla Costituzione federale. Pensata nel 1867 per tutelare interessi esclusivamente procedurali, la clausola prevista nel XIV Emendamento fu successivamente utilizzata per identificare anche interessi sostanziali, benché non enumerati. Le ragioni storiche di questa evoluzione a livello federale sono complesse e non possono essere riassunte qui. Si veda J. Fruchtman, *American Constitutional History*, Chichester, 2016, p. 99-114. Ad ogni modo, l'interpretazione "estensiva" e sostanziale della clausola in South Carolina segue fedelmente quella federale.

<sup>37</sup> Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 263.

<sup>38</sup> Il criterio del radicamento nella storia istituzionale è spesso utilizzato anche quando si incorpora un diritto implicito a livello federale. Ad esempio, si vedano *McDonald v Chicago*, 561 US 742 (2010) e *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019). Come accennato in precedenza, *Dobbs* segue la stessa impostazione.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

insormontabile nel controinteresse del feto. Nel chiudere la sua opinione, Kittredge aggiunge che l'argomento comparato non vincola l'interpretazione della clausola sulla privacy della South Carolina e che quest'ultimo mantiene la sua posizione di stato sovrano (*South Carolina is a sovereign state, and in our history, we have not the slightest hint of a precedent of any kind in support of a state constitutional right to abortion*).

Diverse delle considerazioni avanzate da Kittredge sono presenti anche nell'opinione dissenziente di James, in particolare quelle fondate sull'argomento storico e sul ruolo della commissione West nell'interpretare l'articolo 1, sezione 10 della Costituzione. Un contributo originale di James risiede nella critica esplicita alla sentenza *Singleton*, il principale precedente alla base dell'opinione di maggioranza. Coerentemente, James ritiene che non esista in South Carolina un diritto all'autonomia personale fondato sull'articolo 1, sezione 10, ma che quest'ultimo vada semmai basato sulla *Due Process clause*. La decisione *Singleton*, interamente basata su un'interpretazione espansiva del diritto alla privacy, andrebbe quindi ribaltata e giustificata sulla base di una diversa disposizione costituzionale.

Nonostante il parere contrario dei giudici Kittredge e James, *PP South Atlantic* può essere sintetizzata come la decisione che individua uno specifico diritto all'interruzione di gravidanza nella Costituzione della South Carolina. A ciò si affianca una critica alla Corte Suprema federale: per lo meno nell'opinione del *Chief Justice* Beatty, *Dobbs* è esplicitamente criticata per essersi discostata dall'orientamento precedente.<sup>39</sup>

In ultima analisi, all'esito della controversia maggioranza della Corte Suprema dello stato, privata dello standard stabilito in *Roe* e *Casey*, ricerca un suo equivalente nella propria costituzione statale per "compensare" il diritto appena perduto a livello federale e lo rinviene nella clausola sulla privacy. L'uso della costituzione statale per superare la costituzione federale, come si spiegherà nella prossima sezione, non è una novità, ma la continuazione di una caratteristica fondamentale del costituzionalismo americano sin dagli anni Settanta, il c.d. *New Judicial Federalism*.

#### 4. *New Judicial Federalism, ieri e oggi*

Il *New Judicial Federalism*, di cui *PP South Atlantic* costituisce un nuovo capitolo, richiede una breve contestualizzazione.

Il catalogo federale dei diritti negli Stati Uniti, il c.d. *Bill of Rights*, composto dei primi dieci emendamenti alla Costituzione, fu considerato non applicabile agli stati per molti decenni. In origine, esso nacque infatti come strumento di controllo del governo federale, nei confronti del quale il partito antifederalista nutriva sospetti e

---

<sup>39</sup> Anche il linguaggio usato dal *Chief Justice* è particolarmente duro: "It appears that the [US Supreme] Court recognizes that this argument is very weak and relies on extreme, if not absurd, analogies".

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

paure<sup>40</sup>. Gli stati, invece, erano già dotati di strumenti costituzionali autonomi e godevano di maggior credito quanto alla propria capacità di non interferire con le libertà dei cittadini<sup>41</sup>. L'inapplicabilità del *Bill of Rights* agli stati fu certificata dalla Corte Suprema nel 1832 in *Barron v. Baltimore*<sup>42</sup>.

Con la guerra civile e le successive riforme costituzionali, la situazione avrebbe verosimilmente dovuto cambiare: guardando ai lavori preparatori, è probabile che la seconda clausola del XIV Emendamento (1868), relativa ai diritti dei cittadini americani, fosse pensata a questo fine (*Privileges and Immunities clause*)<sup>43</sup>. Nel 1873, tuttavia, la Corte Suprema ne adottò un'interpretazione estremamente riduttiva e di fatto impedì la c.d. incorporazione dei diritti federali, ossia la loro applicazione agli stati<sup>44</sup>. Questa avrebbe permesso di dichiarare incostituzionali norme statali in contrasto col *Bill of Rights*.

L'occasione di riaprire il discorso sull'incorporazione si presentò due decenni dopo, con due casi in materia di espropriazione per pubblica utilità: il diritto di proprietà come protetto dalla Costituzione federale fu applicato agli stati non attraverso la *Privileges clause*, ma attraverso l'assai diversa *Due Process clause* del XIV Emendamento<sup>45</sup>. La celebre linea di casi della Corte Suprema culminata nella sentenza *Lochner*<sup>46</sup> si basò largamente sull'incorporazione di diritti federali in base alla *Due Process clause*<sup>47</sup>. Durante la prima metà del Novecento, la Corte Suprema continuò ad incorporare alcuni dei diritti federali, andando al di là dei diritti di proprietà,<sup>48</sup> ma non accettò mai l'incorporazione totale del *Bill of Rights*, limitandosi ad un'assai più controllata incorporazione selettiva di alcuni diritti.

La fase dell'incorporazione attraverso la *Due Process clause* appena descritta, approssimativamente compresa tra la fine del XIX secolo ed il secondo dopoguerra, si caratterizzò poi per un'ulteriore limitazione, questa volta relativa al contenuto del diritto incorporato: solo il *contenuto essenziale* dell'Emendamento o della clausola incorporata avrebbe vincolato gli Stati, non l'intero testo. Questo approccio

---

<sup>40</sup> Akhil Reed Amar, 'The Bill of Rights as a Constitution' (1991) 100 The Yale Law Journal 1131, 1139–1142.

<sup>41</sup> Si veda la lettera di Thomas Jefferson, leader antifederalista, al *philosophe* francese e suo amico personale Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy: "*the true barriers of our liberty in this country are our State-governments*". Cfr. <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-03-02-0258>.

<sup>42</sup> *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

<sup>43</sup> A. R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale, 1998, p. 181–214.

<sup>44</sup> *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 16 Wall. 36 36 (1872).

<sup>45</sup> *Missouri Pacific Ry. Co. v. Nebraska*, 164 U.S. 403 (1896); *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897). Per un'ampia discussione dell'incorporazione del *Bill of Rights*, si veda in dottrina C. Cortner, *The Supreme Court and Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, 1981. Si veda in particolare il secondo capitolo (pp. 12-37) per una precisa ricostruzione dell'incorporazione tramite la *substantive Due Process clause* alla fine del XIX secolo.

<sup>46</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>47</sup> M. Tushnet, *The Constitution*, cit., p. 192-198.

<sup>48</sup> Si veda, ad esempio, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925) sulla libertà d'espressione.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

“minimalista” fu specificato in *Wolf v. Colorado* del 1949, in cui la Corte Suprema chiarì come l'applicazione del IV Emendamento agli stati non implicasse l'applicazione integrale delle norme federali in materia di ammissibilità della prova: stabilì l'incorporazione di un generale divieto di perquisizioni “irragionevoli”, agli stati era lasciato un certo margine nel chiarire quali specifiche procedure fossero ammissibili e quali no.<sup>49</sup>

La fase successiva, di notevole accelerazione del processo di incorporazione, si aprì con l'avvento di Earl Warren alla presidenza della Corte Suprema. Ex governatore repubblicano della California e candidato alla vicepresidenza nel 1948, Warren venne scelto come *Chief Justice* della Corte da Dwight Eisenhower nel 1953 come conservatore moderato. Warren finì per tradire queste aspettative ed Eisenhower ebbe in seguito a lamentarsi della “rivoluzione” giuridica a cui il *Chief Justice* contribuì in modo decisivo<sup>50</sup>. In effetti, Warren guidò una Corte a maggioranza progressista in una vera e propria campagna di “svecchiamento” dell'ordinamento americano<sup>51</sup>.

Il più celebre risultato di questo ciclo giudiziario fu certamente la sentenza *Brown v. Board of Education*<sup>52</sup>, che desegregò il sistema scolastico americano, mentre altre celebri decisioni riguardarono i diritti politici<sup>53</sup>. Tuttavia, val la pena di ricordare come contestualmente la Corte Warren abbia anche incorporato una serie di diritti federali,<sup>54</sup> decidendo casi fondamentali in materia di matrimonio interraziale<sup>55</sup>, garanzie nel processo penale<sup>56</sup>, libertà di manifestazione del pensiero,<sup>57</sup> nonché l'antesignana della sentenza *Roe*, la già citata *Griswold v. Connecticut*. Inoltre, una serie

---

<sup>49</sup> *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

<sup>50</sup> Su queste vicende, si vedano i capitoli 5 e 10 in J. F. Simon, *Eisenhower vs. Warren: The Battle for Civil Rights and Liberties*, New York, 2018.

<sup>51</sup> Kermit L. Hall, *The Warren Court in Historical Perspective* in B. Schwartz (ed.), *The Warren Court: A Retrospective*, Oxford, 1996; Akhil Reed Amar, 'The Warren Court and the Constitution (with Special Emphasis on Brown and Loving)' (2014) 67 *SMU Law Review* 671.

<sup>52</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>53</sup> Si pensi, ad esempio, a *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964), che sancì la costituzionalità del Civil Rights Act del 1964 e ad una serie di casi in materia di diritti politici, tra i quali *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966); *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); *Avery v. Midland County*, 390 U.S. 474 (1968).

<sup>54</sup> A. R. Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, New York, 2012, 151-199.

<sup>55</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>56</sup> Si tratta certamente del gruppo di casi più consistente: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Ker v. California*, 374 U.S. 23 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Parker v. Gladden*, 385 U.S. 363 (1966); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

<sup>57</sup> *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963).

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

di altri casi, ad esempio in materia di libertà d'espressione<sup>58</sup>, ridefinì e allargò il perimetro di diritti già incorporati.

La Corte Warren intervenne anche sulla precedente posizione “minimalista” (che limitava l'incorporazione al solo contenuto essenziale del diritto) stabilendo l'applicazione integrale dei diritti incorporati<sup>59</sup>. L'intenzione di passare ad un'incorporazione piena fu annunciata dal giudice Brennan in *Ohio ex rel. Eaton v. Price* già nel 1960<sup>60</sup>. L'anno successivo, *Mapp v. Ohio* ribaltò *Wolf*<sup>61</sup>, stabilendo che le stesse norme sull'ammissibilità della prova valide a livello federale si sarebbero dovute applicare anche agli stati. Una serie di casi successivi consolidò questo approccio “massimalista”<sup>62</sup>.

Alla fine di questo processo, larga parte del *Bill of Rights* poteva ormai dirsi pienamente incorporato. Nel complesso, è inevitabile notare come la Corte Warren abbia contribuito ad un radicale cambiamento della società americana nel senso voluto dalle amministrazioni Kennedy e Johnson.<sup>63</sup> La massiccia opera di incorporazione, trasformata da selettiva a quasi totale, fu funzionale a questo più generale cambiamento.

Il ritiro di Earl Warren dalla Corte nel 1969 coincise con l'inaugurazione dell'amministrazione Nixon. Il neopresidente aveva condotto una campagna elettorale assai critica della Corte Warren, soprattutto in materia di diritto e procedura penale, e le aspettative erano di una Corte Suprema decisamente più conservatrice non appena i nuovi giudici di nomina repubblicana fossero stati confermati<sup>64</sup>. Anche in questo caso, complessivamente, le attese furono deluse: Nixon nominò come nuovo presidente della Corte Warren Burger<sup>65</sup> e la Corte Burger si dimostrò effettivamente più conservatrice di quella che l'aveva preceduta, per lo meno in materia di procedura penale, ma nel complesso non ci fu una svolta radicale a destra<sup>66</sup>, prova ne sia che *Roe* fu decisa a larga maggioranza nel 1973, in piena era Burger, e che il giudice estensore fu Harry Blackmun, un'altra nomina di Nixon<sup>67</sup>.

---

<sup>58</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>59</sup> Jerold H. Israel, 'Selective Incorporation Revisited' (1982) 71 *Georgetown Law Journal* 253, 290-298.

<sup>60</sup> *Ohio ex rel. Eaton v. Price*, 364 U.S. 263 (1960).

<sup>61</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>62</sup> Si veda Cortner cit. 205-233.

<sup>63</sup> Si veda sul punto la dettagliata analisi di L. A. Powe, *The Warren Court and American Politics*, Cambridge (MA), 2000, 209-462.

<sup>64</sup> Sulle posizioni di Nixon in relazione alla Corte Suprema durante la campagna elettorale, si veda K. J. McMahon, *Nixon's Court: His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences*, Chicago, 2011, 23-35.

<sup>65</sup> Kevin J. McMahon, *Nixon's Court*, 87-89.

<sup>66</sup> M. Tushnet, *The Burger Court in Historical Perspective: the Triumph of Country-Club Republicanism*, in B. Schwartz (ed.), *The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?*, Oxford, 1999.

<sup>67</sup> J. McMahon, *op. cit.*, 172-179.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

Le paure tra i giuristi progressisti di una possibile deriva conservatrice dopo gli anni di Warren, tuttavia, si rivelarono difficili da sedare. Frutto di queste paure, fondate o meno che fossero, fu la ricerca di strategie che permettessero di “scavalcare” eventuali sentenze molto conservatrici della Corte Suprema. Lo strumento ideale venne trovato nelle costituzioni statali: laddove il diritto federale fosse sprovvisto di idonee tutele o laddove il testo della Costituzione fosse stato interpretato in modo eccessivamente restrittivo, sarebbe stato possibile conferire garanzie più ampie guardando al diritto costituzionale degli stati. La pratica giudiziale di aggirare i limiti federali in tal modo è nota come *New Judicial Federalism*<sup>68</sup>.

Si tratta di un fenomeno ancora più interessante se si tiene a mente che la funzione di tutela dei diritti a livello statale raramente era appartenuta ai giudici in passato: erano semmai i legislatori nazionali o addirittura le convenzioni costituzionali ad assumere un ruolo decisivo da questo punto di vista. Solo dopo che la Corte Warren ebbe mostrato un modello concreto di “corte costituzionale” in azione, i giudici statali giocarono un ruolo attivo da questo punto di vista. Come chiarito da Alan Tarr, si trattava della “nascita” più che della rinascita di un costituzionalismo giudiziario negli stati americani<sup>69</sup>. In parte ciò derivò da una serie di ammodernamenti delle costituzioni statali e della legislazione correlata, ammodernamenti che spesso consistevano nel replicare negli stati pratiche e istituzioni sperimentate a livello federale<sup>70</sup>.

Il “manifesto” del movimento fu enunciato nel maggio del 1976 dal già menzionato Brennan, giudice della Corte Suprema dal 1956 e storico membro della maggioranza che aveva sostenuto Warren. In un discorso tenuto all’ordine degli avvocati del New Jersey (*New Jersey Bar Association*) ed pubblicato sulla prestigiosa *Harvard Law Review* nel 1977, Brennan incitò apertamente a guardare alle costituzioni statali per contestare decisioni delle corti federali “non convincenti”<sup>71</sup>. Le parole di Brennan risalgono al 1976, ma studi condotti successivamente hanno mostrato come il fenomeno fosse visibile già dall’inizio degli anni Settanta e come abbia mantenuto una certa intensità almeno fino alla metà degli anni Novanta<sup>72</sup>. Nello stesso periodo, alcuni giudici statali si esposero in maniera simile<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Per questa interpretazione del fenomeno, si veda John Kincaid, ‘Foreword: The New Federalism Context of the New Judicial Federalism’ (1995) 26 Rutgers Law Journal 913.

<sup>69</sup> G Alan Tarr, ‘The Past and Future of the New Judicial Federalism’ (1994) 24 Publius 63, 65–73.

<sup>70</sup> A. Tarr, *Understanding*, cit., p. 136-161.

<sup>71</sup> William J Brennan, ‘State Constitutions and the Protection of Individual Rights’ (1977) 90 Harvard Law Review 489.

<sup>72</sup> James NG Cauthen, ‘Expanding Rights under State Constitutions: A Quantitative Appraisal’ (2000) 63 Albany Law Review 1183, 1183–1204.

<sup>73</sup> Hans A Linde, ‘First Things First: Rediscovering the States’ Bill of Rights’ (1980) 9 University of Baltimore Law Review 379; Stewart G Pollock, ‘State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights’ (1983) 35 Rutgers Law Review 707; Stanley Mosk, ‘State Constitutionalism: Both Liberal and Conservative’ (1985) 63 Texas Law Review 1081; Dorothy Toth Beasley, ‘Federalism and

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

Nel 1983, con la sentenza *Michigan v. Long*, la stessa Corte Suprema diede in un certo senso il suo *placet*, chiarendo che nel caso in cui una sentenza venisse fondata esplicitamente sul solo diritto statale (*plain statement of independent and adequate state ground*, nel lessico americano), e le decisioni federali fossero citate solo come guida nel processo di interpretazione e non come precedenti vincolanti, questa sarebbe stata considerata come estranea all'area del diritto federale e non impugnabile di fronte alla Corte Suprema<sup>74</sup>. *Michigan v. Long* servì a domandare chiarezza alle corti statali in relazione alle norme di volta in volta utilizzate nelle proprie sentenze (statali o federali), ma ebbe anche l'effetto di creare incoraggiare le corti statali a usare autonomamente le proprie costituzioni.

Il *New Judicial Federalism*, come mostrato da studi quantitativi, rappresentò (e rappresenta) nel complesso un fenomeno vasto, ma minoritario: la maggioranza dei giudici statali non ricorse alle costituzioni statali in funzione anti-federale, non basò esclusivamente le proprie decisioni di incostituzionalità sul diritto costituzionale statale e respinse molti ricorsi orientati ad ottenerle. Inoltre, si trattò di un fenomeno pronunciato soprattutto nei primi decenni e soprattutto in materia di diritto e procedura penale, le aree pensando alle quali la pratica era nata<sup>75</sup>. In molti altri settori non si ebbe lo sviluppo di un discorso costituzionale coerente da parte delle corti statali, al punto che uno dei grandi esperti del tema, James Gardner, nel 1992 definì di fatto “fallito” il costituzionalismo subnazionale americano<sup>76</sup>. Le costituzioni statali, inoltre, hanno tradizionalmente un valore simbolico minore rispetto alla Costituzione federale: sono meno note al grande pubblico, più facili da modificare, assai meno rappresentative dell'identità collettiva<sup>77</sup>, tutte caratteristiche che il *New Judicial Federalism* non ha mutato. Infine, val la pena di ricordare come, almeno in alcuni casi, alla pratica giudiziaria siano seguite reazioni poco accomodanti da parte dei poteri politici degli stati: celebre è il caso della Corte Suprema della Florida che, interpretando in modo estensivo la clausola su perquisizioni e sequestri della propria

---

the Protection of Individual Rights: The American State Constitutional Perspective' (1995) 11 Georgia State University Law Review 681.

<sup>74</sup> *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983).

<sup>75</sup> Ancora J. Cauthen, *op cit.* Si vedano anche Ronald KL Collins and Peter J Galic, 'Models of Post-Incorporation Judicial Review: 1985 Survey of State Constitutional Individual Rights Decisions' (1986) 16 *Publius* 111; Craig F Emmert and Carol Ann Traut, 'State Supreme Courts, State Constitutions, and Judicial Policymaking' (1992) 16 *The Justice System Journal* 37.

<sup>76</sup> James A Gardner, 'The Failed Discourse of State Constitutionalism' (1992) 90 *Michigan Law Review* 761.

<sup>77</sup> J. Gardner, *Subnational Constitutionalism in the United States: Powerful States in a Powerful Federation* in Patricia Popelier, Giacomo Delledonne, Nicholas Aroney (eds) *Routledge Handbook of Subnational Constitutions and Constitutionalism* (Abingdon 2021).

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

Costituzione statale, provocò nel 1982 un emendamento esplicito che la obbligava a seguire pedissequamente l'interpretazione della corrispondente clausola federale<sup>78</sup>.

Benché minoritario, il *New Judicial Federalism* rappresentò un cambiamento radicale nel funzionamento del federalismo americano che rinvigorì nel suo complesso il costituzionalismo subnazionale e diede ai giudici statali un ruolo più attivo che in passato<sup>79</sup>. Dopo *Michigan v. Long* fu peraltro chiaro che, per limitato che fosse, il fenomeno era destinato a perdurare. Negli ultimi due decenni, peraltro, si è rafforzata anche una funzione “cooperativa” del *New Judicial Federalism*, accanto a quella più “polemica” evidenziata da Brennan alla *Bar Association* del New Jersey<sup>80</sup>: occasionalmente, gli argomenti usati dalle corti supreme statali hanno influenzato la stessa Corte Suprema nell'interpretazione del diritto federale. In effetti, nel 2000 era ormai possibile parlare di “valore costituzionale del dialogo” in relazione al *New Judicial Federalism*<sup>81</sup> e in almeno un celebre caso, *Lawrence v Texas*<sup>82</sup>, un ribaltamento della giurisprudenza della Corte Suprema fu preceduta e stimolata dal pubblico dissenso di una corte suprema statale<sup>83</sup>.

Il significato di *PP South Atlantic* può essere colto alla luce di questo contesto. La sentenza in esame è certamente un'espressione del *New Judicial Federalism*: la Corte Suprema della South Carolina si lancia in una corposa analisi della propria Costituzione, spiega perché sta a quest'ultima governare il caso e, infine, basa la propria decisione interamente su un parametro interno (la clausola sulla privacy)<sup>84</sup>. Inoltre, l'argomentazione dei giudici, sia di maggioranza, sia dissenzienti, è assai simile a quella di una corte costituzionale o suprema: nel cercare un'interpretazione dell'articolo 1, sezione 10 attraverso metodi tipici del diritto costituzionale (l'analisi della storia costituzionale, dei precedenti della corte, dei valori fondanti della costituzione, degli ordinamenti più prossimi). Se il costituzionalismo subnazionale è davvero, come lo descriveva Gardner,<sup>85</sup> povero rispetto a quello federale, di certo

---

<sup>78</sup> Sulla vicenda si veda Thomas C Marks, 'Federalism and the Florida Constitution: The Self-Inflicted Wounds of Thrown-Away Independence from the Control of the U.S. Supreme Court' (2003) 66 Albany Law Review 701.

<sup>79</sup> A. Tarr *The Past and Future*, cit., p. 78: “[E]ven intermittent reliance on state guarantees represents a major shift in state judicial practice, and the reinvigoration of apparently obsolescent state constitutional provisions is itself a noteworthy development”.

<sup>80</sup> Sulla funzione “contestatoria” del *New Judicial Federalism*, cfr. James Gardner, 'State Constitutional Rights as Resistance to National Power: Toward a Functional Theory of State Constitutions' (2003) 91 Georgetown Law Journal 1003.

<sup>81</sup> Lawrence Friedman, 'The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism' (2000) 28 Hastings Constitutional Law Quarterly 93, 123–143.

<sup>82</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>83</sup> Si veda J. Gardner, *State Constitutional Rights*, cit., p. 1033-1037.

<sup>84</sup> Nello stesso senso, era un'espressione della stessa pratica anche *Singleton*, la decisione alla quale *PP South Atlantic* è maggiormente debitrice. Cfr. Constance R Boken, 'Expounding the State Constitution: The Substantive Right of Privacy in South Carolina' (1994) 46 South Carolina Law Review 191.

<sup>85</sup> J. Gardner, *The Failed Discourse*, cit.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson

questa sentenza fa eccezione alla regola. Persino l'opinione dissenziente di Kittredge mostra una certa consapevolezza dell'autonomia costituzionale dello stato laddove richiama la "sovranità" della South Carolina.

Più in dettaglio, è la funzione "polemica" a dominare, rispetto a quella "cooperativa": *PP South Atlantic* è soprattutto una decisione polemica nei confronti della Corte Suprema. Lo è esplicitamente, soprattutto nelle parole del *Chief Justice* Beatty, e lo è per il tipo di argomento utilizzato, tutto rivolto a trovare in sede sub-nazionale una specificità ed una diversità nel contenuto dei diritti in chiara funzione di contestazione del diritto federale. La vena polemica nei confronti della Corte Suprema, in un'area particolarmente sensibile come quella del diritto all'aborto, segna un'improvvisa fiammata del *New Judicial Federalism* e rende improvvisamente più chiaro il ruolo che esso doveva avere nella mente di fondatori come Brennan: un mezzo per scavalcare a livello statale interpretazioni federali percepite come troppo conservatrici sfruttando ogni appiglio disponibile nelle costituzioni statali.

### 5. Conclusioni

Questo saggio ha analizzato la sentenza *PP South Atlantic* della Corte Suprema della South Carolina e gli argomenti sulla base dei quali in essa un diritto all'interruzione volontaria di gravidanza è stato identificato come parte della costituzione dello stato. Il caso è da leggersi nel contesto di un più ampio dibattito politico e giuridico relativo all'aborto e come reazione alla sentenza *Dobbs* del giugno 2022.

Se altri attivisti tenteranno la strada dei ricorsi all'interno delle corti statali per aggirare *Dobbs* (ed è probabile che così sarà), nuove occasioni simili si presenteranno presto<sup>86</sup>. La possibilità che altri ricorrenti seguano la strada tracciata in South Carolina e che altre corti supreme replichino l'esempio di *PP South Atlantic* è indicativa di una delle caratteristiche essenziali del federalismo americano moderno in generale: nella famosa espressione del giudice Brandeis, gli stati sono "laboratori"<sup>87</sup>, divisi non tanto da vere e proprie "identità" locali, difficili da identificare guardando alle differenze tra stato e stato<sup>88</sup>, quanto dalla diversità di soluzioni date a problemi comuni. A differenza di quanto accade in altre federazioni, caratterizzate da differenze linguistiche, religiose, politiche e storiche più profonde, la maggiore omogeneità degli Stati Uniti determina la chiara percezione di problemi comuni, le cui risposte sono normalmente identificate da partiti politici nazionali distribuiti

---

<sup>86</sup> Un elenco dei ricorsi ulteriori rispetto a *PP South Atlantic* proposti in altri stati contro la legislazione "attuativa" *Dobbs* è disponibile a <https://www.kff.org/womens-health-policy/issue-brief/legal-challenges-to-state-abortion-bans-since-the-dobbs-decision/>. Si veda anche M. Mayer, cit. p. 7-8.

<sup>87</sup> Si veda l'opinione dissenziente in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

<sup>88</sup> J. Gardner, *The Failed Discourse*, cit., p. 823-832.

Orlando Scarcello

Planned Parenthood South Atlantic v South Carolina (2023):  
*il federalismo americano dopo Dobbs v. Jackson*

verticalmente sia a livello federale, sia a livello statale<sup>89</sup>. Nella larga maggioranza dei casi, ciò impedisce di vedere nelle costituzioni statali e nella loro interpretazione e applicazione l'espressione dell'identità specifica di un certo stato. Piuttosto, le costituzioni statali rappresentano lo strumento istituzionale per affrontare a livello locale problemi percepiti come tali anche altrove, adottando di stato in stato soluzioni diverse<sup>90</sup>. Il *New Judicial Federalism*, di cui *PP South Atlantic* è un'espressione, rientra perfettamente in questa logica e permette delle sperimentazioni a livello statale attraverso l'interpretazione di costituzioni complessivamente abbastanza simili le une alle altre.

La questione esaminata in *PP South Atlantic*, la regolazione del diritto all'aborto, è evidentemente percepita come problematica in tutta l'Unione. La lotta per l'affermazione dell'una o dell'altra soluzione avviene e avverrà sfruttando un'ampia serie di mezzi istituzionali, dall'emendamento costituzionale alla legislazione ordinaria, sino alla battaglia nelle aule di tribunale: attraverso il diritto costituzionale si prosegue la politica con altri mezzi.

\*\*\*

**ABSTRACT:** In this essay, I comment upon the *Planned Parenthood South Atlantic v. South Carolina* judgement by the Supreme Court of South Carolina. Decided in January 2023, the judgement establishes the right to abortion under the privacy clause of the South Carolina Constitution. It must be contextualized within the broader legal and political dispute on abortion in the USA, which led in 2022 to the Supreme Court's *Dobbs* judgement and to the overruling of *Roe v. Wade*. As such, the judgement under examination must be understood as a form of contestation at the state level of federal constitutional law, a phenomenon known under American law as "New Judicial Federalism".

**KEYWORDS:** *Planned Parenthood South Atlantic* – *Roe v. Wade* – *Dobbs v. Jackson* – South Carolina – New Judicial Federalism

\*\*\*

**Orlando Scarcello** – Postdoctoral fellow, KU Leuven  
(orlando.scarcello@kuleuven.be)

---

<sup>89</sup>James Gardner, 'Justice Brennan and the Foundations of Human Rights Federalism' (2016) 77 Ohio State Law Journal 355, 379–384.

<sup>90</sup>Shirley S Abrahamson, 'Criminal Law and State Constitutions: The Emergence of State Constitutional Law' (1985) 63 Texas Law Review 1141.