

## La sentenza *Dobbs v. Jackson*: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti

Antonia Baraggia\*

THE DOBBS V. JACKSON JUDGMENT: A NOT ENTIRELY UNFORESEEABLE SOLUTION IN THE ABORTION LITIGATION IN THE UNITED STATES

ABSTRACT: The article analyzes the decision *Dobbs v. Jackson* of the US Supreme Court, highlighting the American “exceptionalism” in the abortion regulation issue from a comparative perspective. Moreover, the contribution aims at reflecting on the constitutional impact of the *Dobbs* judgment, with particular reference to the tensions relating to the separation of powers and the relationship between the representative democratic circuit and the judicial area, which the case – like all previous jurisprudence on the subject – seems to highlight.

KEYWORDS: US Supreme Court; abortion; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; fundamental rights

ABSTRACT: Il contributo intende analizzare il caso *Dobbs v. Jackson* deciso dalla Corte Suprema americana mettendo in evidenza una sorta di “eccezionalismo” americano nella trattazione della questione dell’aborto in ottica comparata. Il contributo, inoltre, intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti; aborto; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una premessa: un caso apparentemente “facile” – 3. La natura del diritto all’aborto: la sua de-costituzionalizzazione – 3.1. Il principio dello *stare decisis* – 3.2. L’argomento democratico – 4. L’aborto negli Stati Uniti nell’era *post-Dobbs*.

---

\* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Mail: [antonia.baraggia@unimi.it](mailto:antonia.baraggia@unimi.it). Il presente contributo riprende in parte le argomentazioni trattate nel volume A. Baraggia, “Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche”, Seconda edizione, Giappichelli, 2022. Contributo sottoposto a referaggio.

## 1. Introduzione

**G**uardando retrospettivamente l'evoluzione della regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti, la sentenza *Dobbs*<sup>1</sup>, pur certamente dirompente e problematica dal punto di vista ordinamentale, non può essere considerata del tutto inaspettata e, anzi, può essere letta come l'esito stesso del processo di polarizzazione che ha interessato il contesto politico e costituzionale americano e dei ripetuti tentativi da parte dei legislatori nazionali di riappropriarsi della questione dell'aborto, avviatisi all'indomani della decisione della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade* del 1973.

Che *Roe v. Wade* abbia contribuito a determinare una estrema polarizzazione e conflittualità nell'ambito della regolamentazione dell'aborto non è certo una tesi nuova e nemmeno minoritaria<sup>2</sup>. Del resto, anche in ottica comparata il caso americano appare essere un "outlier"<sup>3</sup> per la radicalità e la conflittualità che ha caratterizzato il dibattito in tema di aborto.

Con ciò non si intende sostenere che in altri ordinamenti la pratica abortiva non sia stata oggetto di visioni contrapposte e finanche inconciliabili; tuttavia, quello che il diritto comparato insegna è, piuttosto, la capacità di molti ordinamenti di giungere a soluzioni intermedie e compromissorie tali da contenere la contrapposizione radicale tra posizioni antitetiche e ultimamente inconciliabili.

Fatta questa considerazione, che mette in luce "l'eccezionalismo" americano nella trattazione della questione dell'aborto, il presente contributo intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

## 2. Una premessa: un caso apparentemente "facile"

Nello "tsunami" ordinamentale provocato da *Dobbs*, vi è un aspetto che pare essere rimasto in ombra in tutta la vicenda che qui si commenta: la natura della regolamentazione introdotta dallo Stato del Mississippi, oggetto della sentenza *Dobbs*<sup>4</sup>.

Si trattava, in particolare, di una legge che proibiva l'aborto oltre la quindicesima settimana di gestazione – e quindi prima della c.d. viabilità del feto – ad eccezione del caso in cui vi fosse una emergenza medica o in caso di anomalia fetale.

A un breve, anche superficiale, confronto, appare evidente che non siamo di fronte a una legislazione eccentrica in ottica comparata: il termine delle 15 settimane pare infatti in linea con le scelte di natu-

<sup>1</sup> Per i primi commenti nella dottrina italiana, cfr. E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2 novembre 2022; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022, soprattutto 17 ss.; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss. e A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2022, 393 ss.

<sup>2</sup> J. HART ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, 949.

<sup>3</sup> R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford, 2014, 262.

<sup>4</sup> *Mississippi Gestational Age Act*, 2018.

ra temporale introdotte in diversi ordinamenti, quali Italia e Irlanda (aborto praticabile entro 12 settimane di gestazione), Spagna e Francia, Argentina (entro 14 settimane di gestazione).

Si tratta di una legge che applica uno schema temporale di regolamentazione dell'aborto, peraltro, come si legge nel testo normativo, definito alla luce di una serie di evidenze mediche e scientifiche. Una legge dunque che, al pari di molte altre incidenti in tema di aborto, è espressione di un particolare bilanciamento tra diversi interessi in evidenza.

L'impatto di *Dobbs* non riguarda tanto la legge in questione, che appunto non pare essere, alla luce del dato comparato, particolarmente problematica; esso è stato invece sistemico, perché, nel giudicare la costituzionalità di tale previsione di legge, la Corte Suprema ha affermato che l'aborto non trova fondamento alcuno nel testo della Costituzione e non può essere protetto implicitamente da previsioni costituzionali, nemmeno quella che ha costituito il fondamento di *Roe v. Wade*, ovvero sia la *Due Process of Law Clause* del XIV Emendamento.

In definitiva, alla luce di *Dobbs*, l'aborto non è (più) riconosciuto come diritto fondamentale e la sua regolamentazione viene rimandata alla determinazione dei singoli Stati e, dunque, al circuito democratico rappresentativo.

Si tratta senza ombra di dubbio di una sentenza problematica e dirompente alla luce di molteplici profili: *in primis*, per l'*overruling* di due precedenti come *Roe* e *Planned Parenthood* che, sebbene con sfumature diverse, avevano assicurato l'aborto come diritto costituzionale da almeno cinquant'anni; in secondo luogo, a dispetto delle rassicuranti parole del Giudice relatore Alito sul punto, per l'impatto che essa potrà avere su altri diritti riconosciuti dalla giurisprudenza senza alcun riferimento testuale in Costituzione, come al matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>5</sup>, altri diritti riproduttivi e la contraccezione; infine per l'impatto che avrà sulla tutela effettiva di un diritto goduto dalla donne americane a partire dagli anni '70 e ora soggetto a sicure restrizioni, finanche draconiane, da parte di alcuni Stati.

---

<sup>5</sup> Sul punto, è doveroso evidenziare che, al fine di "blindare" attraverso una legge federale il diritto al matrimonio omosessuale sancito dalla Corte Suprema in *Obergefell v. Hodges* (2015) ed evitare un *overruling* analogo a quello provocato da *Dobbs*, in data 8 dicembre 2022 il Congresso ha definitivamente approvato – su impulso del Partito Democratico e con il sostegno di una parte del Partito Repubblicano – il *Respect for Marriage Act* (H.R. 8404). In particolare, da un lato è stata superata la definizione del matrimonio come unione solo tra due persone di sesso diverso (introdotta dal *Defense of Marriage Act* del 1996 e dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema in *United States v. Windsor* del 2013), affermando che «for the purposes of any Federal law, rule, or regulation in which marital status is a factor, an individual shall be considered married if that individual's marriage is between 2 individuals and is valid in the State where the marriage was entered into or, in the case of a marriage entered into outside any State, if the marriage is between 2 individuals and is valid in the place where entered into and the marriage could have been entered into in a State» (sec. 5); dall'altro, è stato anche ribadito il pieno rispetto del diritto di libertà religiosa e di coscienza (sec. 6.a) – ai sensi del Primo Emendamento – prevedendo altresì che «nonprofit religious organizations, including churches, mosques, synagogues, temples, nondenominational ministries, interdenominational and ecumenical organizations, mission organizations, faith-based social agencies, religious educational institutions, and nonprofit entities whose principal purpose is the study, practice, or advancement of religion, and any employee of such an organization, shall not be required to provide services, accommodations, advantages, facilities, goods, or privileges for the solemnization or celebration of a marriage» (sec. 6.b).

Si tratta, dunque, sul piano della tutela costituzionale, di uno sconvolgimento epocale che, in modo uguale e contrario a *Roe*<sup>6</sup>, accresce la già presente polarizzazione sociale intorno al tema controverso dell'aborto. E tuttavia, pur nella sua problematicità, *Dobbs* offre interessanti spunti di riflessione rispetto al ruolo del processo democratico nella determinazione di questioni controverse – anche alla luce dell'esperienza comparata – nonché rispetto al ruolo delle Corti e dell'interpretazione costituzionale nella definizione di nuovi diritti e nel mutamento costituzionale. L'*opinion* di maggioranza afferma a chiare lettere che «*Roe and Casey must be overruled*».

Interessante è allora ripercorre l'*iter* argomentativo che conduce a una simile conclusione, il quale si focalizza su tre aspetti principali: la natura costituzionale del diritto all'aborto alla luce della tradizione di *Common Law*; il rispetto del precedente vincolante; l'argomento democratico, ovvero a chi spetta la decisione in materia di questioni controverse che non trovano copertura costituzionale.

### 3. La natura del diritto all'aborto: la sua de-costituzionalizzazione

Rispetto alla natura dell'aborto, la Corte afferma che «the Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment»<sup>7</sup>.

Infatti, sebbene sia certamente vero che la stessa previsione del XIV Emendamento è stata usata, nella sua dimensione sostanziale, per garantire diritti innominati nel testo della Costituzione, quegli stessi diritti dovevano essere «deeply rooted in (the) Nation's history and tradition» e «implicit in the concept of ordered liberty»<sup>8</sup> così come la Corte aveva già avuto modo di affermare in tema di suicidio assistito nel caso *Washington v. Glucksberg*<sup>9</sup>.

Tuttavia, secondo la Corte il diritto all'aborto non rientra nel quadro dei diritti profondamente radicati nella storia della Nazione, come dimostra il fatto che prima di *Roe* e, ancor più lontano, al momento dell'adozione del XIV Emendamento, l'aborto era considerato dalla maggioranza degli Stati un reato a tutti gli stadi della gravidanza. Allo stesso esito si giunge andando a ritroso nella tradizione di *Common Law*, in cui l'aborto era punito dopo il c.d. “*quickenning*”.

<sup>6</sup> In dottrina si è sostenuto che «la Corte Suprema ha dimostrato uno spiccato attivismo [...] allontanandosi dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è garanzia della certezza del diritto e limite al potere creativo dei giudici». (C. CARUSO, *Originalismo e politicalità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

<sup>7</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), 5.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> 521 U.S. 702 (1997), 721. Per una critica a tale impostazione, cfr. E. CHEREMINSKY, *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Michigan Law Review*, 106, 8, 2008, 1505, secondo cui «this assumption that a fundamental right exists only if there is a tradition of protecting it is wrong both descriptively and normatively. Descriptively, the Court has been willing to protect rights even though there has not been a tradition of protection. For example, laws prohibiting interracial marriage were far more “deeply rooted in this Nation's history and tradition” than the right to interracial marriage, but in *Loving v. Virginia*, the Court held that such a right is protected by the Due Process Clause [...] Normatively, the fact that laws have long existed does not answer the question as to whether the interest the laws regulate is so integral to person-hood as to be worthy of being deemed a fundamental right».

Attraverso questa analisi storica, la Corte giunge ad affermare che «the inescapable conclusion is that a right to abortion is not deeply rooted in the Nation's history and traditions»<sup>10</sup> e, come tale, non può essere ricondotto nell'alveo dei diritti innominati coperti dalla clausola del XIV Emendamento.

La natura costituzionale dell'aborto viene letta, oltre che alla luce dell'argomento storico, anche alla luce di quello che potremmo definire ontologico: l'*opinion* di maggioranza afferma ripetutamente che l'aborto è per sua natura differente rispetto agli altri diritti "innominati" (come la contraccezione e il matrimonio tra persone dello stesso sesso), perché esso implica la presenza di una vita potenziale che verrebbe meno nella decisione abortiva<sup>11</sup>. Questa differenza ontologica fa sì che, a detta della Corte, i precedenti su cui si fondava *Roe* non siano significativi e, come tale, la stessa *Roe* sarebbe stata fondata su presupposti sbagliati: «None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way»<sup>12</sup>.

In questo passaggio la Corte rassicura sul fatto che l'*overruling* di *Roe* resti un episodio confinato nell'ambito problematico e moralmente delicato quale è l'aborto e che *Dobbs*, pertanto, non andrà a lambire, negando loro protezione costituzionale, altri "nuovi" diritti riconosciuti in via giurisprudenziale dalla Corte Suprema<sup>13</sup>.

### 3.1. Il principio dello *stare decisis*

Il secondo aspetto centrale dell'*opinion* riguarda il principio dello *stare decisis* e, dunque, il rispetto del precedente vincolante, costituito da *Roe* e *Casey*.

I giudici di maggioranza sono ben consapevoli che «overruling a precedent is a serious matter»<sup>14</sup> e che tale operazione richiede solide motivazioni. Cinque sono gli aspetti che la Corte ritiene possano essere utilizzati per sostenere la necessità dell'*overruling* di *Roe*: la natura dell'errore del precedente, la qualità del *legal reasoning*, la possibilità di applicare in concreto le regole definite dal precedente, i possibili effetti su altre aree del diritto e, infine, il principio che potremmo definire del legittimo affidamento.

Nel caso in esame, *Roe*, afferma la Corte, muove da una interpretazione errata della Costituzione e «it was on a collision course with the Constitution from the day it was decided»<sup>15</sup>. In particolare, *Roe*

<sup>10</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), 25.

<sup>11</sup> «Abortion is different because it destroys what *Roe* termed "potential life" and what the law challenged in this case calls an "unborn human being». *Ivi*, 4.

<sup>12</sup> *Ivi*, 35.

<sup>13</sup> In quest'ultimo senso si è espresso 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), Thomas, J., concurring, 3, secondo cui «in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*». Tale posizione emerge – sotto forma di timore per la tutela futura di tali diritti – anche in 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, 5: «[...] one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority's opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other».

<sup>14</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), 43.

<sup>15</sup> *Ivi*, 44.

avrebbe usurpato il potere – che la Costituzione affida al popolo – di definire questioni di profondo rilievo morale e sociale e così facendo la Corte «short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans who dissented in any respect from Roe»<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda il secondo fattore di superamento del precedente, la Corte sottolinea la debolezza del *legal reasoning* di *Roe*, il quale «found that the Constitution implicitly conferred a right to obtain an abortion, but it failed to ground its decision in text, history or precedent»<sup>17</sup>.

Non solo, ma introducendo un dettagliato schema per la regolamentazione dell'aborto con la teoria dei trimestri, la Corte ha svolto una attività quasi legislativa, senza tuttavia addurre giustificazione alcuna per le precise scelte operate.

Particolarmente problematica è la distinzione tra aborti prima e dopo la “*viability*”. Quale è il fondamento di tale distinzione e perché *Roe* lo considera come il *discrimen* in cui può sorgere un interesse dello Stato a protezione della vita in potenza?

Una scelta tanto più discutibile anche alla luce del fatto che il concetto stesso di *viability* è variabile, soggetto all'influenza di diversi fattori esogeni rispetto alle caratteristiche del feto, come per esempio l'avanzamento delle tecniche di cura neonatale e la qualità delle infrastrutture mediche, cosicché la *viability* potrebbe variare in base al luogo in cui una donna si trovi ad essere assistita. Inoltre, anche dal punto soggettivo, la determinazione della *viability* dipende da un insieme di fattori, quali l'età gestazionale, il peso del feto e la condizione di salute generale della madre e non sarebbe dunque possibile una sua fissazione generale *a priori*. E ancora, continua la Corte, «even if each fetus's probability of survival could be ascertained with certainty [...] is a fetus viable with a 10 percent chance of survival? 25 percent? 50 percent? Can such a judgment be made by the State?»<sup>18</sup>.

La debolezza del termine della *viability* del resto era già stata ammessa da *Casey*, laddove, pur senza giungere al superamento di *Roe*, la Corte Suprema aveva introdotto un nuovo test per verificare la legittimità di una legge statale in materia d'aborto: l'*undue burden test*. Anche l'*undue burden test* pone alcune incertezze circa la sua concreta declinazione, come emerso nel precedente caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>19</sup> in cui la Corte aveva adottato una precisa e nuova declinazione del test, basata sull'analisi costi-benefici. Proprio queste incertezze interpretative sono alla base della terza giustificazione addotta in *Dobbs* per sostenere la necessità dell'*overruling*: ovvero il fatto che le regole identificate siano comprensibili e applicabili in «a consistent and predictable manner»<sup>20</sup>. Ebbene, sul punto la Corte argomenta che il test dell'*undue burden*, come del resto testimoniano le divergenze interpretative più recenti, anche nelle Corti distrettuali, «has proved to be unworkable»<sup>21</sup> e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance “the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles”»<sup>22</sup>.

Infine, per quanto riguarda gli ultimi due criteri a fondamento dell'*overruling*, il primo riguarda gli effetti su altre aree del diritto e il secondo il rispetto del principio del legittimo affidamento. Rispetto al

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ivi*, 45.

<sup>18</sup> *Ivi*, 53.

<sup>19</sup> 579 U. S. 582 (2016).

<sup>20</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), 56.

<sup>21</sup> *Ivi*, 61.

<sup>22</sup> *Ivi*, 62 (cit. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991), 827).

primo, la Corte afferma, in maniera piuttosto apodittica, che *Roe* e *Casey* hanno scardinato regole e dottrine consolidate come la *third party standing doctrine*, il principio della *res iudicata* e anche il principio che prevede di interpretare ove possibile le leggi al fine di evitare la declaratoria di incostituzionalità.

In riferimento all'ultimo criterio, il legittimo affidamento (*reliance interests*)<sup>23</sup>, la Corte afferma che, nel caso dell'aborto, non sia possibile applicare il concetto classico di legittimo affidamento, in quanto la decisione di abortire è in generale una attività non pianificata. Giova forse ricostruire i non sempre nitidi confini del concetto di *reliance interests*. In prima battuta è necessario sottolineare che le «legitimate expectations of those who live under the law»<sup>24</sup> sono di regola identificate con costi di natura economica legati ad investimenti e ad altre operazioni commerciali. Il *reliance interest*, seppur preminente in queste situazioni, può, tuttavia, essere applicato anche ad altri diritti di natura non economica. In quest'ultimo caso, infatti, come afferma Kozel, «when stakeholders have taken tangible steps or made concrete plans in reliance on Supreme Court pronouncements the disappointment of their expectations is pertinent»<sup>25</sup>. Più in generale, è possibile individuare diverse tipologie di *reliance interests*: accanto a quello dei privati, vi è quello governativo e legislativo ed infine quello sociale<sup>26</sup>. Quest'ultimo, in particolare, «ha[s] played a role in major constitutional cases»<sup>27</sup>, come nel caso dell'aborto, in particolare in *Casey*. In quest'ultima sentenza la Corte non ha esitato a riconoscere che «the Constitution serves human values, and while the effect of reliance on *Roe* cannot be exactly measured, neither can the certain cost of overruling *Roe* for people who have ordered their thinking and living around that case (*Roe*) be dismissed»<sup>28</sup>. Anche in *Casey*, tuttavia, la Corte ha riconosciuto la difficoltà a ricondurre la necessità di affermare il precedente di *Roe* sulla base del criterio dei *reliance interests*. Nella sua costante giurisprudenza affinché le legittime aspettative dei consociati siano investite di rilevanza, la Corte tende, infatti, a richiedere il diretto coinvolgimento di interessi materiali attuali, non in potenza (come sarebbe invece nel caso dell'aborto)<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Si veda sul punto N. VARSAVA, *Reliance*, in *Harvard Law Review*, 136, 2023 (forthcoming)..

<sup>24</sup> *Hubbard v. US*, 514 U.S. 695 (1995), 716 (Scalia J., concurring).

<sup>25</sup> R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge, 2017, 116-117.

<sup>26</sup> *Ivi*, 117-118: «*Roe* and *Miranda* are exceptional in their salience and profile, creating questions about whether the Court's invocations of societal reliance should extend to other areas of constitutional law. And unlike assertions of private and legislative reliance, appeals to societal reliance do not depend on the concrete expectations of stakeholders whom an overruling will affect most directly. The form of analysis is necessarily more abstract» [...] «Societal reliance is distinct from private and legislative reliance because it captures the myriad effects that overruling a well-known precedent can have on various communities, including people who have not taken tangible action based on the precedent».

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 856.

<sup>29</sup> R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, cit., 47-49 e 112-113. Il punto è particolarmente rilevante soprattutto se si confrontano *Roe/Casey* e, ad esempio, *Obergefell*. Infatti, a differenza dell'aborto, il matrimonio omosessuale presenta dei *reliance interests* attuali e concreti: negozi giuridici di varia natura (matrimoni, adozioni, assicurazioni) di cui difficilmente la Corte potrebbe non tenere conto, in un eventuale *overruling*.

### 3.2. L'argomento democratico

La terza, centrale, argomentazione di *Dobbs* riguarda la cosiddetta questione democratica, ovvero il fatto che, avendo negato copertura costituzionale all'aborto, la Corte rilancia il ruolo dei legislatori statali nella regolamentazione dell'aborto quali arene in cui il disaccordo possa trovare una ricomposizione nella dialettica e nelle regole della competizione democratica<sup>30</sup>.

L'argomento democratico, oltre che nell'opinione di maggioranza, è centrale anche nell'opinione concorrente di Kavanaugh, il quale tuttavia, non rimanda solo ai legislatori nazionali ma parla più in generale di processo democratico, tanto a livello statale che federale, lasciando intendere che la battaglia sulla regolamentazione dell'aborto potrebbe avvenire ai due livelli (statale e federale) e anche attraverso diverse forme di *decision-making* (non solo legislative, ma anche di democrazia diretta o deliberativa). Un altro aspetto dell'*opinion* di Kavanaugh meritevole di attenzione è quello relativo alla centralità che, nel suo ragionamento, assume il concetto di "neutralità" della Costituzione in materia di aborto<sup>31</sup>, concetto che si potrebbe logicamente estendere rispetto a tutti quei temi etici non contemplati al momento dell'adozione e ratifica del testo costituzionale. Afferma, infatti, Kavanaugh: «on the question of abortion, the Constitution is therefore neither pro-life nor pro-choice. The Constitution is neutral and leaves the issue for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress». Vi è poi un passaggio della *concurring* particolarmente significativo: laddove Kavanaugh, in un non troppo celato dialogo con alcuni *amici curiae*, afferma che «the Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion». Kavanaugh sembra dunque escludere un *overruling* di *Roe* che si spinga ad abbracciare le posizioni di matrice originalista a sostegno dell'incostituzionalità dell'aborto<sup>32</sup>.

In definitiva, al termine del percorso argomentativo che in questa sede si è ricostruito, afferma la Corte, «we [...] hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives»<sup>33</sup>.

Da questa prospettiva, dunque, *Dobbs* è stata definita come «a case which overrules the personal policy preferences of the *Roe* and *Casey* majorities and properly returns the regulation of abortion to the States, where it resided for almost two hundred years before *Roe*»<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sul ruolo degli Stati federali nella regolamentazione dell'aborto *post-Dobbs*, cfr. D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, 2023, forthcoming.

<sup>31</sup> N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

<sup>32</sup> «Some amicus briefs argue that the Court today should not only overrule *Roe* and return to a position of judicial neutrality on abortion, but should go further and hold that the Constitution outlaws abortion throughout the United States. No Justice of this Court has ever advanced that position. I respect those who advocate for that position, just as I respect those who argue that this Court should hold that the Constitution legalizes pre-viability abortion throughout the United States. But both positions are wrong as a constitutional matter, in my view. The Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion. To be clear, then, the Court's decision today does not outlaw abortion throughout the United States. On the contrary, the Court's decision properly leaves the question of abortion for the people and their elected representatives in the democratic process» (597 U. S. \_\_\_\_ (2022), Kavanaugh, J., concurring, 3).

<sup>33</sup> 597 U. S. \_\_\_\_ (2022), 69.

<sup>34</sup> D. WEISBERG, *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, in *The Originalism Blog*, 10 agosto 2022.

Del resto, alla luce della teoria della sovranità popolare in ottica originalista, già Lash aveva sostenuto che *Roe* «should be treated as presumptively in need of reversal». Infatti, *Roe* «cut off the process of legislative review of the issue and seriously undermined the perceived legitimacy of the Court in the eyes of a significant portion of the public. The divisiveness of the issue precluded any supermajoritarian response, and to the extent that political mobilization has occurred, it has resulted in a deeply politicized judicial appointment process»<sup>35</sup>.

#### 4. L'aborto negli Stati nell'era post-*Dobbs*

Quale sia la reale portata di *Dobbs* dipenderà molto dall'atteggiamento dei legislatori statali, ovvero se interpreteranno questa apertura verso il loro fondamentale ruolo per la regolamentazione dell'aborto con senso di responsabilità nella consapevolezza del carattere pluralistico dell'ordinamento o se, invece, non faranno altro che perpetuare la sterile contrapposizione tra posizioni *pro-life* e *pro-choice*.

Dipenderà anche dallo sviluppo di modelli deliberativi che verranno messi in atto a livello statale per regolamentare l'accesso all'aborto. Più difficile sembra, invece, potersi prospettare un intervento federale in materia, alla luce della mancanza di competenza legislativa del livello centrale.

Quello che più certamente si può affermare è che *Dobbs* sembra essere il naturale approdo di un cortocircuito che ha segnato la questione dell'aborto negli Stati Uniti: nel tentativo di sottrarre la questione all'arena politica avocando a sé l'ultima parola, la Corte Suprema ha finito per iperpoliticizzare la questione dell'aborto, fino a farla coincidere con le dinamiche politiche sottese alla composizione della Corte.

*Roe*, infatti, ha definitivamente orientato il dibattito americano in tema di aborto in termini opposti, senza lasciare margini alla negoziazione politica. E così, la politica dell'aborto negli Stati si è giocata a livello statale, dove alcuni Stati hanno continuamente introdotto legislazioni di stampo restrittivo volte a bandire l'aborto in determinate circostanze o a richiedere il rispetto di condizioni onerose tanto per i medici quanto per le donne. Si è trattato di un atteggiamento di aperta sfida, il cui obiettivo ultimo è stato proprio quello di alimentare il contenzioso costituzionale e di scalfire, qualora la Corte si fosse trovata in una determinata composizione, i principi sanciti da *Roe*.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, si può condividere l'affermazione di Greene secondo la quale «at the federal level, the politics of abortion is simply the politics of judicial appointments. When the Court makes political compromise impossible, the losing side sees changing the Court as its only legal option»<sup>36</sup>.

A questo proposito, il modello europeo e, in particolare, quello tedesco mostrano un diverso possibile approccio, dagli esiti meno conflittuali e controversi: «abortion is a subject of German politics not because Germans agree about abortion any more than Americans do, but in significant part, because Germany's highest court sought to put abortion into politics instead of trying to take it out. That is just what courts should be doing in a divided society»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, 1470.

<sup>36</sup> J. GREENE, *How Rights went wrong*, Boston, 2021, 132.

<sup>37</sup> *Ivi*, 137.

In definitiva, la de-costituzionalizzazione della questione dell'aborto operata da *Dobbs*, se certamente rappresenta un approdo dagli esiti problematici, apre tuttavia anche a diversi scenari, in cui, se il ruolo del livello federale pare tutto sommato limitato, grande rilievo avranno le scelte degli Stati e, ancor prima, quelle degli elettori e delle elettrici, nell'eleggere rappresentanti portatori di visioni che possano contribuire all'avanzamento nella tutela dei diritti fondamentali e offrire soluzioni in grado di gestire la complessità di società sempre più polarizzate.