

Ritorno al passato. La Corte Suprema e la sentenza *Dobbs*

*Maria Chiara Errigo**

BACK TO THE PAST. THE SUPREME COURT AND THE DOBBS CASE

ABSTRACT: Il presente contributo propone alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US_2022), resa il 24 giugno 2022, che ha ribaltato i precedenti di *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), eliminando, in questo modo, ogni tutela esistente a livello federale in relazione al diritto all'aborto negli Stati Uniti.

KEYWORDS: Diritto all'aborto; Corte Suprema; *Roe v. Wade*; libertà di autodeterminazione

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the consequences arising on abortion rights in the wake of the U.S. Supreme Court decision (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US_2022), delivered on June 24, 2022, that overturned the precedents of *Roe v. Wade* (1973) and *Planned Parenthood v. Casey* (1992), thereby eliminating, in this way, any existing federal protections.

PAROLE CHIAVE: abortion rights; Supreme Court; *Roe v. Wade*; self-determination

SOMMARIO: 1. Da *Roe* a *Dobbs*. Considerazioni introduttive – 2. Diritto all'aborto e Corte Suprema: una nuova impostazione teorica – 3. Il dopo *Dobbs*: qualche considerazione iniziale

1. Da *Roe* a *Dobbs*. Considerazioni introduttive

Il 24 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata (*Dobbs et al, v. Jackson Women's Health Organization, et al.* 597 US_2022) nuovamente in tema di aborto, con una decisione storica che ha ribaltato i precedenti di *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992), eliminando, in questo modo, ogni tutela esistente a livello federale in relazione all'interruzione volontaria di gravidanza. Attraverso il caso *Dobbs*, infatti, la Corte Suprema ha superato l'interpretazione adottata con la pronuncia del 1973, per mezzo della quale era stato possibile il riconoscimento, sul piano costituzionale, del diritto all'aborto. Tuttavia, tale approdo giurisprudenziale non è mai stato "assorbito" del tutto all'interno del tessuto socio-politico americano, costituendo un punto di rottura e di divisione con progressivi tentativi volti a superare il quadro di tutela così delineato¹.

*Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Cfr. ad esempio, i casi *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 US 416 (1983); *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989); più di recente, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 579 U.S. 582 (2016),



In particolare, il caso in esame ha riguardato una legge dello Stato del Mississippi, che vietava le operazioni di aborto dopo la quindicesima settimana di gravidanza. La legge prevedeva eccezioni per le emergenze mediche e in caso di gravi malformazioni del feto, ma, ad esempio, non per le ipotesi di stupro o incesto². La normativa, sebbene adottata nel 2018, non era mai entrata in vigore in quanto le Corti inferiori – compresa la *Court of Appeal* del *Fifth Circuit* – avevano ritenuto la stessa in contrasto con i precedenti di *Roe* e *Casey*, sospendendone l’applicazione. Al contrario, la sentenza *Dobbs*, affermando la legittimità della legge del Mississippi, ha ridefinito la disciplina in tema di aborto, abbandonando le garanzie fissate a livello federale e “restituendo” ai singoli Stati il potere di decidere se, e a quali condizioni, riconoscere un *right to abortion*³. L’impatto di questa decisione si rivela estremamente serio, andando ben oltre la singola legge del Mississippi e legittimando, in questo modo, l’approvazione di normative statali anche particolarmente restrittive⁴.

Con la sentenza *Dobbs* sembra verificarsi, così, una sorta di “ritorno al passato”, in quanto, da una parte, la Corte effettivamente (ri)attribuisce ai singoli Stati il potere di legiferare in questo ambito in modo del tutto autonomo e, dall’altra, la decisione comporta inevitabilmente il venire meno di preziose garanzie a favore della donna, in termini di diritto alla salute, di eguaglianza e di autodeterminazione⁵.

June medical service v. Russo 591 U.S. 1101 (2020). Sui diversi “attacchi” a *Roe* e il progressivo, graduale sgretolamento di queste garanzie, si veda lo studio di M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America – Roe v. Wade to the present*, Cambridge, 2020, 60 ss.; per una ricostruzione del *right to abortion* negli Stati Uniti, si veda anche il contributo di L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5 ss.

² Così la normativa del Mississippi, il cosiddetto *Gestational Age Act*, MS Code §41-41-191 (2018), che, appunto, prevede «[a]bortion limited to fifteen (15) weeks’ gestation except in medical emergency and in cases of severe fetal abnormality». Occorre specificare che a seguito della sentenza *Dobbs*, lo Stato del Mississippi, a partire da luglio 2022, ha reso efficace una precedente normativa, approvata nel 2007 e rientrante nell’ambito delle cosiddette “trigger laws”, in base alla quale l’aborto è vietato del tutto, ad eccezione soltanto se necessario per salvare la vita della madre o in caso di stupro, che, tuttavia, dovrà essere denunciato alle autorità competenti, sul punto, cfr. MS Code § 41-41-45, <https://law.justia.com/codes/mississippi/2019/title-41/chapter-41/performance-of-abortion-consent/section-41-41-45/>.

³ Sul punto, si veda anche il commento di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 432 ss.

⁴ Ad esempio, nell’ambito delle attività del *Guttmacher Institute*, si veda l’analisi di E. NASH, L. CROSS, *26 States are certain or likely to ban abortion without Roe: here’s which ones and why*, ottobre 2021, disponibile al <https://www.guttmacher.org/article/2021/10/26-states-are-certain-or-likely-ban-abortion-without-roe-heres-which-ones-and-why>, in base alla quale veniva prospettato che circa 26 Stati avrebbero potuto vietare del tutto o quasi le operazioni di interruzione di gravidanza. Ai fini di monitoraggio delle singole discipline statali, si veda anche la pagina del *New York Times*, *Tracking the States Where Abortion is Now Banned*, https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html?name=style-abortion-us®ion=TOP_BANNER&block=storyline_menu_recirc&action=click&pgtype=Interactive&variant=show&is_new=false, che viene periodicamente tenuta in aggiornamento.

⁵ In questo senso, si esprime anche L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 36 ss.; 41 ss., mettendo in luce che secondo la lettura dell’opinione di maggioranza «è possibile “to think, to say but not to act” autonomamente quando si porta in grembo un nuovo essere umano. Detto altrimenti, sin dal concepimento il corpo della donna non è più suo ma un corpo pubblico, un contenitore che può pensare, può dire ma non può agire sul suo stesso corpo», 43.





Tramite la sentenza sul caso *Roe*, invece, era stato definito uno standard comune di tutela, al quale le normative statali avrebbero dovuto necessariamente attenersi. In particolare, questa pronuncia non impediva di per sé agli Stati l'adozione di determinate discipline sul punto, ma dettava alcuni criteri in base ai quali circoscrivere e orientare l'azione di questi ultimi. In quella sede, infatti, la Corte Suprema, riconoscendo il diritto all'aborto quale specificazione ulteriore del diritto alla privacy, all'interno della copertura costituzionale del XIV emendamento, aveva elaborato il criterio del cosiddetto *trimester framework*, che prevedeva una limitazione del potere statale pressochè totale nel primo trimestre (dove la scelta di abortire ricadeva nella più ampia discrezionalità della donna), e una maggiore capacità di intervento solo a scopo di tutela della salute della gestante nel secondo trimestre, fino ad arrivare al momento della *fetal viability* (vitalità al di fuori dell'utero del feto), in cui lo Stato, da questo momento in poi, avrebbe potuto intervenire finanche vietando l'aborto, ad eccezione del caso di pericolo di vita della donna⁶. Questo schema (definito nella sentenza *Dobbs* «a detailed set of rules»⁷) era già stato in parte scardinato nel 1992, con il caso di *Planned Parenthood v. Casey*, che aveva eliminato il criterio del *trimester framework* e riconfermato soltanto il limite della *fetal viability*, introducendo, inoltre, il cosiddetto canone dell'*undue burden*, in base al quale le normative statali in tema di interruzione di gravidanza (volte a regolamentare la fase di *previability*) sarebbero state ritenute illegittime, laddove si fossero tradotte in un ostacolo "sproporzionato" alla capacità di scelta della donna. Di fatto, con *Casey* si assiste ad un parziale *overrule* della sentenza *Roe*: sebbene sia stato comunque riconfermato il cosiddetto *central holding* di tale pronuncia, relativo al limite della *fetal viability*, essa ha condotto all'adozione di un parametro meno rigido, con la conseguente possibilità degli Stati di varare normative più restrittive⁸.

⁶ «(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother», *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US (2022), Opinion of the Court, 46.

⁸ Con l'abbandono del *trimester framework*, la gravidanza viene divisa in due fasi, prendendo quale spartiacque il momento della *viability* del feto e l'adozione del canone dell'*undue burden* per vagliare la legittimità di tutte le discipline statali che fossero intervenute a disciplinare la fase di *previability* determina il venire meno dello *strict scrutiny* elaborato con *Roe*, attraverso il quale un'eventuale disciplina statale in tema di aborto sarebbe stata sottoposta ad un vaglio di costituzionalità molto rigido, cfr., su questo passaggio, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, la quale, in riferimento a *Roe*, si esprime ricordando che «La Corte Suprema concluse che il diritto all'aborto avesse la natura di un diritto "fondamentale" e, di conseguenza, ritenne che ogni sua limitazione dovesse essere sottoposta ad un rigoroso scrutinio (cd. *strict scrutiny*) di legittimità costituzionale», 25; cfr. *Roe v. Wade* 410 US 113 «Where certain "fundamental rights" are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a "compelling state interest," [...], and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake. In the recent abortion cases, cited above, courts have recognized these principles», 154.



La sentenza *Dobbs* si pone in successione ravvicinata ad altri casi sul tema, nell'ambito dei quali è emersa la "crisi" di quel sistema di garanzie nell'ambito dell'interruzione di gravidanza, così faticosamente elaborato con *Roe* e in seguito riadattato in *Casey*, evidenziandosi la difficoltà di contenere le "spinte" degli Stati più conservatori e il problematico raggiungimento di una solida maggioranza decisionale in seno alla Corte, che nell'ultimo periodo si è caratterizzata per una completa polarizzazione delle posizioni al suo interno⁹.

Tuttavia, questa volta, lo Stato del Mississippi aveva chiesto alla Corte Suprema di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della legge medesima, mettendo in discussione i precedenti di *Roe* e *Casey*¹⁰. I giudici supremi, dunque, nel valutare la compatibilità della legge del Mississippi, hanno compiuto un esame profondo, reimpostando in modo radicale l'interpretazione sul tema del diritto all'aborto.

D'altra parte, che la sentenza del 1973, attraverso la quale era stato riconosciuto il tenore costituzionale del *right to abortion*, non abbia mai del tutto convinto in termini di *legal reasoning*, non è un fatto nuovo¹¹; a ciò deve aggiungersi la portata problematica, intrinseca al fenomeno dell'interruzione volontaria di gravidanza che da sempre costituisce una questione moralmente controversa e fortemente divisiva all'interno della compagine socio-politica. Eppure, la sentenza di *Roe* possiede l'innegabile merito di essersi fatta carico di esigenze di tutela non più rinviabili, quale prodotto di una realtà socio-culturale in trasformazione, ponendosi sulla scia di altre decisioni della stessa Corte, relative alla sfera riproduttiva e alla libertà sessuale della persona (la cui base giuridica di giustificazione è da rinvenirsi sempre nel cosiddetto *right to privacy*)¹². Nel tempo, *Roe* ha finito per rappresentare un vero e proprio

⁹ Si vedano, ad esempio, le decisioni relative a *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016); *June Medical Services, L.L.C. v. Russo* 591 US_2020; *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S._ (2021).

¹⁰ La sentenza evidenzia infatti che «[t]he State's primary argument is that we should reconsider and overrule *Roe* and *Casey* and once again allow each State to regulate abortion as its citizens wish», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 4. Inizialmente, al momento della *petition for a writ of certiorari* (consegnato il 15 giugno 2020), lo Stato del Mississippi si era rivolto alla Corte limitandosi a richiedere «whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional», poi concesso a novembre 2021 (la cronistoria del caso *Dobbs v. Jackson* è disponibile al link <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html>). Nel corso degli *oral arguments* svoltisi a dicembre 2021, invece, è emerso un vero e proprio "attacco" ai casi di *Roe* e *Casey*, con la richiesta da parte dei rappresentanti del Mississippi di affermare la legittimità della legge in esame e ribaltare i precedenti (la trascrizione degli *oral arguments* da cui è possibile è disponibile al link https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf).

¹¹ Cfr., ad esempio, L. TRIBE, *Toward a model of roles in the Due Process of Life and Law*, in *Harvard Law Review*, 87, 1973, 1 ss.; R. B. GINSBURG, *Some Thoughts on autonomy and equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 1985, 375 ss., secondo la quale il ragionamento alla base della decisione sul caso *Roe* mostrava un'intrinseca debolezza argomentativa, fondando il riconoscimento del diritto all'aborto sul concetto di *privacy*, invece che sulla *Equal Protection Clause*, e, dunque, sulla base del principio di eguaglianza di genere e della libertà di autodeterminazione della donna.

¹² Cfr. *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965), che rappresenta un'altra decisione storica della Corte Suprema attraverso la quale si afferma che la Costituzione degli Stati Uniti protegge, sotto il cappello di tutela del diritto alla *privacy*, anche la libertà procreativa della coppia, in tema di contraccezione (c.d. *marital privacy*); successivamente *Eisenstadt v. Bard* 405 U.S. 438 (1972) ha esteso il diritto all'acquisto di contraccettivi anche alle donne non sposate. Più di recente, e sempre in base al diritto alla *privacy* che poggia sul dettato del XIV emendamento, la Corte Suprema sancisce l'illegittimità costituzionale della normativa texana che criminalizzava le relazioni omosessuali, cfr. *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003). Sul concetto di *privacy*, si veda più in generale, S. WARREN, L.



“pezzo” di storia costituzionale dei diritti degli Stati Uniti: non si tratta semplicemente del riconoscimento della possibilità di interrompere una gravidanza, ma di un passaggio ancora più profondo, che testimonia la conquista di spazi di libertà (e della garanzia di tutela di questi ultimi), e dimostra l’affermazione di una concezione del rapporto fra Stato e persona, in cui il primo deve astenersi dall’interferire nell’ambito di scelte che afferiscono essenzialmente alla sfera più intima della persona stessa¹³. Occorre sottolineare come la sentenza *Dobbs* arrivi a seguito di una progressiva polarizzazione delle posizioni politiche; l’era Trump ha inciso profondamente anche sulla composizione della Corte Suprema, nominando addirittura 3 dei suoi membri (Gorsuch, Kavanaugh, Barrett; la nomina di quest’ultima è arrivata peraltro ormai alla scadenza del mandato dell’ex Presidente¹⁴), e finendo per alterare gli equilibri interni di questo organo verso una tendenza indubbiamente più conservatrice, che ha trovato espressione anche nell’ambito della decisione in esame¹⁵. Nel corso degli ultimi tempi, e sotto l’amministrazione Trump, inoltre, molti Stati hanno finito per adottare con riferimento all’aborto dei veri e propri *trigger bans*, ossia legislazioni più restrittive rispetto a quanto previsto a livello federale, nel tentativo di riportare la questione davanti alla Corte Suprema e ribaltare quanto affermato con *Roe* e, quindi, con *Casey*. Con il caso del Mississippi, dunque, questo obiettivo viene raggiunto; la Corte Suprema supera i propri precedenti, cancella quel livello di tutele ritenuto fondamentale e priva il diritto all’aborto della sua dimensione costituzionale, senza pensare che, in questo modo, viene meno anche un potere di disposizione del proprio corpo e si rompe quel legame esistente fra libertà riproduttiva e capacità della donna di partecipare, su un piano di parità con gli uomini, alla vita politica e sociale¹⁶.

BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 5, 1890, il cui riferimento è inizialmente soprattutto alla tutela dei dati personali rispetto alla stampa e ai mezzi di comunicazione in generale.

¹³ Cfr. E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 6-7.

¹⁴ Da notare il fatto che allo scadere del mandato del Presidente Obama, il Senato, che all’epoca vantava già una maggioranza repubblicana, si era opposto alla nomina da parte di quest’ultimo di un nuovo giudice supremo (Merrick Garland), sostenendo che essendo un atto di particolare importanza, in grado di produrre effetti estremamente condizionanti sul lungo termine, esso dovesse appartenere al Presidente di prossima elezione e non a quello ormai “in scadenza”. Ciò, tuttavia, non è stato rispettato, a sua volta, da Trump con la nomina della Giudice Amy Connie Barrett; sul punto si veda, C. BOLOGNA, «Parlare con la voce di un giudice»: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti, in *Il Mulino*, 6, 2020, 1060 ss.; L. P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017, 833 ss.

¹⁵ Si veda 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., che evidenzia come dalle diverse posizioni dei giudici supremi emerga una spaccatura profonda, una contrapposizione ideologica, notando che sia l’opinione di maggioranza sia quelle dissidenti «utilizzano in parallelo alcuni dei più tradizionali e consolidati topoi costituzionalistici per offrire interpretazioni irriducibilmente dicotomiche e inconciliabili [...] Sullo sfondo, si conferma l’emersione di una frattura interna alla Corte che va ben oltre le drammatiche conseguenze del caso concreto, per coinvolgere la concezione del ruolo della Corte e, inevitabilmente, della Costituzione».

¹⁶ In questo senso, L. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford, 2008, 193; cfr. anche G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 612.



2. Diritto all'aborto e Corte suprema: una nuova impostazione teorica

La sentenza *Dobbs* presenta una portata problematica estremamente complessa. Non solo, infatti, viene eliminato il carattere costituzionale del diritto all'aborto, con ricadute estremamente gravi per la salute psico-fisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione, ma la decisione tocca una pluralità di questioni teoriche di base, attinenti alla modalità di interpretazione del testo costituzionale, al rispetto del principio dello *stare decisis*, al rapporto intercorrente tra Federazione e Stati membri sul tema in esame, finendo per riguardare anche lo stesso ruolo interpretato dalla Corte Suprema nell'ambito dell'ordinamento statunitense¹⁷.

Leggendo la decisione sul caso *Dobbs*, emerge fin da subito come l'opinione di maggioranza proponga un nuovo registro interpretativo, attraverso il quale la pronuncia storica di *Roe* viene etichettata, senza dubbio, come «*egregiously wrong from the start*»¹⁸. Secondo i giudici supremi la logica motivazionale sottesa alla sentenza del 1973 si contraddistingue per una intrinseca “fragilità” del ragionamento giuridico svolto; l'aborto, infatti, oltre a non essere un diritto espressamente previsto dal testo costituzionale, non può nemmeno essere ricompreso nell'alveo della tutela espressa dal XIV emendamento, in quanto, in primo luogo, esso non può essere rintracciato nelle radici storiche dell'ordinamento statunitense, né delle legislazioni dei singoli Stati, e in secondo luogo, non rientra in quel concetto di «*ordered liberty*» che emerge dalla Costituzione.

Quanto al primo punto, la Corte Suprema compie in questa sede una minuziosa ricostruzione storica in tema di interruzione volontaria di gravidanza, fino ad arrivare alle normative inglesi del XIII secolo, richiamando alcune delle voci più importanti della storia del *common law* (in particolare, Henry de Bracton, Edward Coke, William Blackstone, Matthew Hale), a sostegno della propria tesi. Se, infatti, il XIV emendamento può essere l'appiglio costituzionale attraverso il quale trovano spazio determinati diritti non direttamente espressi nel testo, occorre però capire se gli stessi appartengano in qualche modo all'esperienza storica americana¹⁹.

L'indagine effettuata dai giudici supremi è proprio volta a ricercare il significato *originario* del testo costituzionale, dimostrando come il diritto all'interruzione di gravidanza non possa considerarsi in alcun modo «*deeply rooted*» nella storia degli Stati Uniti, e come al momento dell'adozione del XIV emendamento tre quarti degli Stati membri vietassero l'aborto a tutti gli stadi della gravidanza e

¹⁷ Si veda L. P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2021, 499 ss.; con particolare riguardo al tema dell'aborto, si veda, M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, 4, 2021, 4465 ss.; parla di *overruling politico*, E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, 73 ss.

¹⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 6.

¹⁹ «*Instead, guided by the history and tradition that map the essential components of our Nation's concept of ordered liberty, we must ask what the Fourteenth Amendment means by the term "liberty"*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 14. Sull'utilizzo dell'elemento della tradizione in *Dobbs*, si veda A. SPERTI, «*Dobbs*» e il controverso *overruling* di «*Roe v. Wade*» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 450-453.

all'epoca del caso *Roe* fossero ancora 30 le legislazioni statali che classificavano l'interruzione volontaria di gravidanza come un crimine²⁰.

Quella che si delinea è dunque una nuova impostazione teorica sul diritto all'aborto, la cui tutela, a livello federale, non può trovare spazio; essa è espressione della corrente originalista, la quale interpreta la Carta costituzionale degli Stati Uniti a partire dal significato che i *Framers* hanno voluto attribuire al testo (*original intent*), o in base al cosiddetto *original public meaning*, per mezzo del quale «*the object of interpretation is the text as reasonably understood by a well-informed reader at the time of the provision's enactment*»²¹ (e in questo senso, il XIV emendamento così inteso non potrebbe ricomprendere anche il diritto all'aborto)²². Il ruolo del giudice, secondo questa modalità interpretativa, sarebbe quello di andare a ricercare quel determinato significato e applicarlo al caso concreto, senza poter inserire nuovi "contenuti" attraverso un'interpretazione di tipo evolutivo²³. Una tale azione, infatti, si configurerebbe come fortemente problematica nel rispetto del principio di separazione dei poteri, determinandosi il venire meno dei "confini" fra decisione giudiziaria e regolazione legislativa.

In questa prospettiva, secondo l'opinione di maggioranza, la decisione del 1973 ha rappresentato un «*exercise of raw of judicial power*»²⁴, una sorta di vera e propria «*hybris giudiziaria*»²⁵, attraverso la quale i giudici non si sono limitati a decidere il caso, ma hanno dettato una serie di regole molto più simili a quelle che potrebbero appartenere ad un legislatore. In base a questa diversa prospettiva teorica, quindi, *Roe* va oltre i confini della decisione giudiziaria, imponendo una nuova regolamentazione

²⁰ Da notare che l'opinione di maggioranza è corredata di un'apposita Appendice in cui vengono annotate, in ordine cronologico, tutte le normative statali vigenti all'epoca dell'adozione del XIV emendamento nel 1868.

²¹ J. O. MCGINNIS, M. B. RAPPAPORT, *Unifying original intent and original public meaning*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, 1373 ss.

²² Ad esempio, si veda quanto sostenuto dal Giudice Scalia, che in riferimento all'aborto affermava «*The difficulty with Roe v. Wade is a legal rather than a moral one. I do not believe – and no one believes for 200 years – that the Constitution contains a right to abortion*», cfr. Pew research Center, *Session Three: Religion, Politics and the Death Penalty*, (Jan. 25, 2002), <http://www.pewforum.org/2002/01/25/session-three-religion-politics-and-the-death-penalty/>.

²³ In generale, in merito all'interpretazione originalista, è necessario dire che esistono diverse declinazioni di questa corrente interpretativa, cfr. T. B. COLBY, P. J. SMITH, *Living Originalism*, in *Duke Law Journal*, 59, 2009, 239 ss, in cui si afferma che, appunto, che «*there are today countless variations of originalism*», 245. Sul concetto di originalismo, si veda D. A. FARBER, *The originalist debate: a guide for perplexed*, in *Ohio State Law Journal*, 49, 1989, 1085 ss; L. B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, Georgetown Law Faculty Publications and other works, 2011, 1353 ss.; A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta online*, ottobre 2014, 14, che ricorda come «*l'obiettivo dell'originalismo è affermare, nello svolgimento dell'attività ermeneutica, la priorità del momento germinativo rispetto a quello applicativo. Nel caso della Costituzione, tale provenienza diviene ancor più qualificata e, dunque, degna di considerazione, poiché essa incarna la scelta democratica nel suo nucleo essenziale e legittimante tutti gli altri poteri. Solo una rigida attenzione alla lettera della Costituzione può mantenere il legame con tale promanazione popolare, legittimando l'attività della Corte Suprema e mantenendola nell'ambito del circuito democratico*». Sempre sul tema dell'originalismo, si veda, inoltre, A. SCALIA, *Originalism: the Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1988, 849 ss.; C. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, 1672.

²⁴ *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, cit., 3.

²⁵ Per questa espressione si veda, C. DE SANTIS, «*Abortion is inherently different*»: la Corte Suprema USA sancisce l'overruling di *Roe* e *Casey*, in diritticomparati.it, 12 luglio 2022.





a livello federale, che dovrebbe essere propria solo di un organo legislativo²⁶. Nel solco di questa impostazione, ma in modo ancora più rigido, si costruisce anche la *concurring Opinion* del Giudice Thomas, secondo il quale la sentenza *Dobbs* potrebbe costituire il primo passo per tornare ad una legalità costituzionale connessa al suo significato *originario*, con l'eventualità che «[f]or that reason, in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*»²⁷.

Nella prospettiva della sentenza *Dobbs*, quindi, il diritto all'aborto non può ritenersi implicito in quel concetto di *ordered liberty* proprio del XIV emendamento; questo non soltanto in quanto non vi è traccia di esso né nel testo costituzionale, né a livello di esperienza storica, ma proprio perchè *Roe* propone, secondo i giudici di *Dobbs*, un'interpretazione troppo ampia (la Corte scrive proprio «*too much*»²⁸), senza operare un corretto bilanciamento fra i diritti in gioco, che, in questo caso vedono, da una parte, la libertà di autodeterminazione della donna e, dall'altra, la tutela di un *unborn human being*. Occorre sempre considerare, infatti, che la libertà di interrompere una gravidanza è da ritenersi, secondo la Corte, «*critically different*» rispetto agli altri diritti. L'aborto rappresenta una questione morale insolubile e per questo la decisione di come regolare tale fatto deve essere lasciata ai singoli Stati, che ben potrebbero esprimere una diversa sensibilità sul punto.

Se la corrente originalista, nelle sue diverse forme, non deve ritenersi di per sé espressione di una coscienza politica necessariamente conservatrice, trattandosi “soltanto” di uno dei modi attraverso i quali è possibile interpretare il testo costituzionale, e anche alla luce delle debolezze delle decisioni di *Roe* e *Casey*, appare comunque difficile percepire la lettura che emerge dalla sentenza *Dobbs* in qualche modo neutrale²⁹. Essa sembra espressione di un'idea che è propria anche di un atteggiamento

²⁶ «*The scheme Roe produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body*”, *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, Opinion of the Court, cit., 49.

²⁷ *Dobbs v. Jackson Whole Women's Health*, Concurring Opinion Justice Thomas, cit., 3. Su questo aspetto, che rappresenta uno dei timori che emerge dalla lettura della sentenza, interviene anche l'opinione di maggioranza della Corte, la quale prova ad assicurare che ciò non si verificherà, in quanto tali diritti non si possono porre sullo stesso piano dell'aborto, che ha ad oggetto una vita potenziale e che per questo viene definito come “diverso”.

²⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 32.

²⁹ Ancora, sul concetto di originalismo e sulle sue applicazioni all'interno della sentenza *Dobbs*, si veda il dibattito su *Originalismo e Costituzione* sul sito web dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, (contributi di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*; N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*; O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, M. D'AMICO, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, G. RAZZANO, *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione “di quale” Costituzione?*, C. VALENTINI, *Originalismo e Politica dell'originalismo*, C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la terza via*), disponibile al link <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>. Si vedano altresì i contributi di G. BRUNELLI, *L'aborto “sbilanciato”: il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, che parla di una «impostazione rigidamente originalista della majority opinion», trascurando «del tutto la prospettiva delle donne. [...] Un originalismo che rinvia alla tradizione giuridica, identificata nella storia più antica del Paese, senza alcuna considerazione del cinquantennio trascorso dalla pronuncia di *Roe v. Wade* e dell'affidamento consolidato da parte delle donne su un sistema che consentiva loro di decidere se e quando diventare madri», 18-19; C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 91 ss.; P. VERONESI, *Il “caso Dobbs”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States*, in *BiLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 109 ss.



politico effettivamente conservatore, il quale finisce inevitabilmente per chiudere ai diritti delle donne, abbassando il livello di garanzia precedentemente stabilito. Per questo *Dobbs*, seppure animata dal ripristinare una più corretta lettura del testo costituzionale ed eliminare divisioni e conflitti generati dalla sentenza *Roe*, sembra tornare indietro nel tempo, inserendosi in una dimensione involutiva sul piano della tutela dei diritti³⁰.

Neppure il principio dello *stare decisis* può costituire un “argine” all’azione dei giudici supremi, secondo i quali è da considerarsi come un «*not an inexorable command*» e dunque può essere superato, laddove i precedenti siano espressione di errori di valutazione da parte della Corte medesima. La sentenza, infatti, nel motivare il proprio cambio di passo, cita diversi casi di *overruling*, per dimostrare proprio come decisioni sbagliate siano state poi oggetto di “riforma” da parte degli stessi giudici supremi. In particolare, la Corte riporta vari esempi, fra cui il caso di *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954) che ha superato la sentenza *Plessy v. Ferguson* 163 US 537 (1896), eliminando la terribile dottrina del *separate but equal*, ma anche di *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015) che riforma la decisione *Baker v. Nelson* 409 U. S. 810 (1972), riconoscendo alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio³¹. Nell’indicazione dei vari casi di *overrule* susseguitesi nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti, si legge il tentativo della Corte di giustificare la propria scelta, mostrando come, laddove la decisione si riveli errata, occorra intervenire sganciandosi dal vecchio precedente per definire un nuovo equilibrio. Tuttavia, è necessario notare come nei vari casi riportati nella sentenza – a differenza della decisione *Dobbs* – l’*overrule* si sia posto come «*ampliativo*» della dimensione dei diritti³², fissando standard di garanzia più ampi, espressione di una tendenza maggiormente inclusiva delle istanze di tutela avanzate dalla comunità sociale.

³⁰ È emblematico un articolo pubblicato sul *New York Times* (24 giugno 2022) a firma della Professoressa Mary Ziegler (UC Davis), intitolato *Roe’s Death Will Change American Democracy*, che critica la tesi sostenuta dall’opinione di maggioranza della Corte Suprema, secondo cui *Roe* è stato motivo di divisione sociale e politica, e che, superata tale decisione, questi conflitti diminuiranno, specificando che «*The decades-long fight to reverse Roe was not an effort to restore democracy but instead an attempt to change the way American democracy works — one that, now realized, will touch areas of life well removed from reproduction*». Sebbene di per sé i giudici supremi non cancellino la possibilità di accedere alle procedure di aborto (così sottolinea 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, secondo il quale la Corte «*non fa affatto tabula rasa della possibilità per le donne di ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza, rinviando invece alla sede legislativa (dei singoli Stati) l’adozione della normativa in materia*», 394-395), le ricadute sostanziali di questa scelta decisionale paiono andare in questa direzione; l’abbandono di una tutela minima uniforme su tutto il territorio federale pone problematiche molto serie in termini di garanzie dei diritti in questo ambito.

³¹ La Corte richiama direttamente anche i casi di *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), che, superando il precedente di *Adkins v. Children’s Hospital of D. C.*, 261 U. S. 525 (1923), afferma la costituzionalità delle leggi statali sul salario minimo; *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S., che riforma la sentenza sul caso *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940), sancendo la libertà religiosa degli studenti delle scuole pubbliche; la Corte rinvia in nota ad una serie di altri casi, espressione di importanti *overrule* della stessa, cfr. 40-43.

³² Si veda, di nuovo, C. DE SANTIS, «*Abortion is inherently different*»: la Corte Suprema USA sancisce l’*overruling* di *Roe* e *Casey*, cit. Si veda, inoltre, P. VERONESI, *Il “caso Dobbs”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States*, cit., 113, che definisce «*quasi offensivo che per giustificare questo ribaltamento, Alito invochi la [...] decisione Brown [...]: paragonare espressamente Roe a Plessy è a dir poco ingiurioso*».





Più specificamente, l'opinione di maggioranza articola la propria decisione principalmente attraverso quattro "argomenti", in base ai quali *Roe* e anche *Casey* devono intendersi come sbagliate e pertanto necessitano di essere superate³³. In primo luogo, viene evidenziato come la *natura dell'errore* decisionale risieda proprio in un esercizio scorretto del potere giudiziario, che mal interpreta il dettato costituzionale e arriva ad "usurpare" «*the power to address a question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people*»³⁴. In secondo luogo, i precedenti del 1973 e del 1992, ritenendo che la Costituzione conferisse implicitamente un diritto all'aborto, finiscono, quindi, per fondarsi su una «*erroneous historical narrative [...] that have no bearing on the meaning of the Constitution*»³⁵; il ragionamento giuridico (*the quality of the reasoning*) alla base di *Roe* racchiude una lettura errata della tradizione storica americana e dei precedenti della stessa Corte, senza fornire solide giustificazioni in merito all'adozione della suddivisione in trimestri della gravidanza, né a quello riguardante il confine della *viability*. La critica dei giudici supremi si rivolge anche specificamente alla sentenza *Casey*, la quale, pur rappresentando un parziale *overrule* di *Roe*, ne ha confermato il *core argument* relativo al concetto di *fetal viability* e ha introdotto il discusso canone dell'*undue burden*. Concentrandosi proprio su tale parametro, la Corte sottolinea come lo stesso debba considerarsi «*unworkable*», ossia un criterio che non funziona, in quanto presenta un'ambiguità applicativa di fondo, tale da non poter costituire un parametro oggettivo, senza garantire una reale prevedibilità delle decisioni sul tema e mettendo conseguentemente in difficoltà le Corti inferiori nell'interpretare tale parametro con coerenza³⁶.

Infine, i giudici supremi mettono in luce come l'interpretazione scorretta delle disposizioni costituzionali effettuata tramite *Roe* (e quindi anche in *Casey*) possa riverberarsi anche su altre aree del diritto e sull'applicazione di altri principi (*effect on other areas of law*), escludendo, inoltre, il carattere di *reliance* degli interessi in gioco in questa sede. Da questo punto di vista, infatti, secondo la Corte, se il concetto di *reliance* si traduce nel cosiddetto "affidamento" circa l'esistenza di un certo diritto, non è possibile riconoscere questo aspetto in sede di interruzione volontaria di gravidanza, trattandosi di una

³³ Già nel *syllabus* la Corte riassume i criteri in base ai quali esamina e rivede i propri precedenti in tema di aborto: «*the nature of their error, the quality of their reasoning, the "workability" of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 43; per tale struttura argomentativa, si veda anche la decisione sul caso *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 US (2018), che ribalta il precedente di *Abood v. Detroit Bd of Ed.* 431 US 209 (1977), e nell'ambito della quale l'opinione di maggioranza risulta redatta sempre da *Justice Alito*.

³⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 44.

³⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 45.

³⁶ Secondo la Corte, il canone introdotto con *Casey* non è stato in grado di individuare un linea di demarcazione fra le normative ammissibili e quelle incostituzionali generando maggiori divisioni anche interne alla Corte medesima nella decisione di determinati casi, cfr. «*The experience of the Courts of Appeals provides further evidence that Casey's line between permissible and unconstitutional restrictions has proved to be impossible to draw with precision[...] Casey has generated a long list of Circuit conflicts. Most recently, the Courts of Appeals have disagreed about whether the balancing test from Whole Woman's Health correctly states the undue-burden framework. [...] Continued adherence to that standard would undermine, not advance, the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles*», *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 61-62.



sfera incerta (*unplanned activity*) e appartenente ad una dimensione del tutto impalpabile, priva di quella concretezza che è tipicamente riconducibile all'area del diritto dei contratti³⁷.

Sebbene la sentenza *Dobbs* si riveli molto impattante, la Corte, sposando un approccio originalista, finisce per ridimensionare la sua stessa capacità d'azione³⁸. Come è stato fatto notare, «*le Corti possono dar voce a istanze che spesso nel processo politico sono prive di visibilità perché minoritarie [...] possono dare un contributo importante al confronto su questioni controverse e divisive [...] costruendo nel tempo una narrativa giurisprudenziale con cui il processo politico è chiamato a misurarsi per condiderla o superarla*»³⁹. Questo forse assume un significato ancora più forte nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, dove il diritto è prima di tutto giurisprudenziale e si costruisce tramite casi concreti.

Così facendo, invece, la Corte Suprema rimarca l'esigenza di esercitare la propria autorità dentro i confini tracciati dal dettato costituzionale. Secondo questa prospettiva, quindi, i precedenti di *Roe* e *Casey* eccedono lo spazio di competenza attribuito ai giudici supremi, vanno oltre il ruolo ad essi conferito dal disegno dei Costituenti e per questo «*the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives*»⁴⁰. La Corte, dunque, sceglie di affidare le sorti del diritto all'aborto al processo politico, che ben potrà riservare esiti diversi, a seconda del substrato socio-culturale e della sensibilità politica di quel determinato Stato, con implicazioni problematiche anche per quanto riguarda il piano dell'eguaglianza. L'aborto da fatto privato e personale diviene nuovamente un argomento del discorso pubblico, in un alone di incertezza e nelle mani delle maggioranze politiche⁴¹.

³⁷ Su questo punto, è molto forte la critica all'interno della *Dissenting Opinion* dei Giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, i quali sottolineano che: «*The Court's failure to perceive the whole swath of expectations Roe and Casey created reflects an impoverished view of reliance. [...] This unprecedented assertion is, at bottom, a radical claim to power. By disclaiming any need to consider broad swaths of individuals' interests, the Court arrogates to itself the authority to overrule established legal principles without even acknowledging the costs of its decisions for the individuals who live under the law, costs that this Court's stare decisis doctrine instructs us to privilege when deciding whether to change course*», 52-53. Sul punto, si veda, inoltre, A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto prevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1/special issue, 2023, 69.

³⁸ Si veda anche C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., 94-95; P. VERONESI, *Il "caso Dobbs"*, cit., 114.

³⁹ Così C. VALENTINI, cit., nell'ambito della Lettera AIC su *Originalismo e Costituzione*.

⁴⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Opinion of the Court, cit., 69.

⁴¹ Fa riflettere il fatto che l'opinione di maggioranza sottolinei come anche le donne partecipino a questo processo politico con la conseguente possibilità di influenzarlo (sia in termini pro-choice, sia pro-life). Questa possibilità, pur rivestendo – ora più che mai – un ruolo centrale, lascia, comunque un certo senso di insoddisfazione; la Corte, infatti, così facendo, priva la dimensione del diritto all'aborto di una tutela costituzionale, di una "copertura" che potrebbe rivelarsi, talora, determinante per bilanciare le scelte delle maggioranze politiche, che, come tali, potrebbero sacrificare determinati interessi individuali, cfr. di NUOVO C. VALENTINI, cit. Si veda, inoltre, S. PENASA, *People have the power!*, cit., «*L'interesse della donna a vedersi riconosciuto uno spazio decisionale autonomo in ambito procreativo non scaturisce più direttamente dalla Costituzione, intesa quale living document, ma deve necessariamente passare attraverso la decisione politica delle diverse maggioranze parlamentari, sulla base di una concezione originalista della Costituzione che non ammette l'evoluzione progressiva nell'ambito e nel significato dei diritti sanciti dal testo costituzionale*», 1613.



3. Il dopo *Dobbs*: qualche considerazione iniziale

Dopo la sentenza *Dobbs*, il tema dell'interruzione di gravidanza torna a rappresentare un orizzonte normativo estremamente frastagliato, con l'esistenza di discipline statali anche molto distanti tra loro. Se il caso *Roe* aveva spostato la "materia" dell'aborto dal piano statale a quello federale, almeno per quanto riguarda la fissazione di una "normativa quadro", con *Dobbs* la competenza a decidere come disciplinare l'interruzione volontaria di gravidanza viene riconsegnata agli Stati⁴². L'*overruling* dei precedenti del 1973 e del 1992 ha conseguentemente determinato l'entrata in vigore delle cosiddette *trigger laws* (o *trigger bans*), normative caratterizzate da restrizioni o divieti rispetto all'esercizio del diritto all'aborto così come definito tramite *Roe* (e poi con *Casey*), ed approvate prima ancora della decisione *Dobbs*, in attesa, dunque, che la Corte si ripronunciasse di nuovo su questo tema, sconvolgendo gli equilibri stabiliti in precedenza. In questo modo, nel momento in cui si scrive, l'aborto risulta vietato (in alcuni casi, si tratta di divieti pressoché totali, dove l'unica eccezione possibile si identifica con il pericolo di vita della madre) in 13 Stati, ai quali si aggiunge la Georgia che lo prevede soltanto entro la sesta settimana di gravidanza⁴³.

La decisione della Corte Suprema finisce per sottolineare una forte debolezza politica, che impedisce l'elaborazione di un quadro normativo entro il quale collocare la disciplina del diritto di aborto, raggiungendo un livello di tutela quanto più possibile omogeneo su tutto il territorio statunitense. Si evidenzia una completa polarizzazione delle posizioni politiche che non rende possibile adottare, a livello federale, normative su problematiche così divisive, e che si ripercuote anche sulle legislazioni statali⁴⁴.

⁴² La sentenza *Dobbs* finisce per incidere proprio anche sullo stesso riparto di competenze Federazione/Stati, nell'ambito del quale se in base all'art. 1, sez. 8 della Costituzione americana, la potestà legislativa in materia di salute e famiglia apparterebbe agli Stati, dall'altro, lo stesso articolo alla sez. 5 prevede che la Federazione si occupi di adottare tutte le misure necessarie per l'attuazione e l'applicazione del XIV emendamento (cui fino a poco tempo fa veniva ancorato anche il *right to abortion*), sul punto si veda A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs degli Stati Uniti*, cit., 416, il quale evidenzia l'eventualità che l'amministrazione federale possa attrarre a sé la competenza in tema di salute/aborto «in base alla interstate commerce clause dell'art. 1, sez. 8, Cost., che, storicamente, è stata la clausola costituzionale più efficace, per giustificare l'assunzione di competenze legislative federali in materie non enumerate dallo stesso articolo», 417.

⁴³ I dati sono tratti dallo studio di monitoraggio condotto dal New York Times, *Tracking the States Where Abortion is now Banned*, cit.; in questo "tracciamento" delle normative statali, fra i Paesi che hanno adottato le normative più restrittive si indicano: Alabama, Idaho, Kentucky, Louisiana, Arkansas, Mississippi, Oklahoma, South Dakota, Missouri, Tennessee, Texas, West Virginia, Wisconsin. Lo studio del New York Times evidenzia un altro buon numero di Stati in cui esistono normative in tema di aborto contenenti divieti o limitazioni molto rigide che allo stato attuale sono state bloccate dalle Corti statali, ma che potrebbero certamente uscire da questo stadio di "sospensione" ed entrare pienamente in vigore. Per l'aggiornamento delle diverse normative statali si veda anche la pagina del Guttmacher Institute, *State legislation Tracker*, disponibile al link <https://www.guttmacher.org/state-policy>. Su *Dobbs* e sulla problematica frammentazione del panorama normativo in questo ambito si veda anche M. R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Il Foro italiano*, 9, 2022, 445.

⁴⁴ Deve essere sottolineato che la House of Representatives ha approvato a giugno 2022 il testo del *Women's Health Protection Act 2022*, H.R. 8296, volto a rafforzare le tutele riconosciute in tema di aborto con *Roe* e *Casey*; il testo era stato proposto in un'altra versione già nel 2021, non riuscendo, tuttavia, a trovare il consenso sperato e respinto in Senato nel febbraio 2022. Il tentativo è quello di attrarre a livello federale la competenza in materia di aborto attraverso l'impiego della *commerce clause*, di cui all'art. 1, sez. 5, della Costituzione. Sul punto, cfr. A. KARNI, *House passes Two Bills to Ensure Access to Abortion*, in *the New York Times*, 15 luglio 2022, disponi-



Il dopo *Dobbs*, infatti, vede normative estremamente restrittive e altre molto permissive, delineando l'immagine di una vera e propria "spaccatura" culturale e politica in merito all'esercizio del diritto all'aborto (solo a titolo esemplificativo in Minnesota, il diritto all'aborto è riconosciuto come "costituzionale" e così anche in Illinois, che lo ha inserito nella propria Costituzione nel 2019⁴⁵; in Alaska, Colorado, New Jersey, New Mexico, Vermont non è previsto alcun limite temporale per le procedure di aborto; diversamente, Alabama, Arkansas, Idaho, Louisiana, Mississippi, Missouri e Texas⁴⁶ presentano divieti molto severi sul tema⁴⁷, mentre in Kansas tramite il voto popolare sono state respinte gravi restrizioni all'esercizio dell'interruzione volontaria di gravidanza⁴⁸).

Forse, volendo provare davvero a comporre interessi contrapposti e a superare le perplessità generate dal bilanciamento operato con *Roe*, poteva essere meglio valutata la prospettiva teorica avanzata dal giudice Roberts nella sua *concurring Opinion*, che, pur ritenendo necessario eliminare il criterio della *viability*, avrebbe quantomeno preservato il riconoscimento di una dimensione costituzionale del

bile al link <https://www.nytimes.com/2022/07/15/us/politics/house-passes-abortion-access-bills.html> ; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs degli Stati Uniti*, cit., 417; si veda anche L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 43, richiamandosi in realtà al precedente tentativo di approvazione del Women's Health Act del 2021.

⁴⁵ Si veda l'Illinois *Reproductive Health Right*, 2019; quanto al Minnesota si veda il caso *Doe v. Gomez* 542 N.W.2d 17 (1995). Gli Stati più liberali, che garantiscono la possibilità di abortire, hanno poi manifestato forte solidarietà nei confronti delle donne e dei cosiddetti *abortion providers*, ossia quei medici e cliniche che si occupano di realizzare le procedure di aborto, offrendo loro ospitalità per lo svolgimento delle operazioni. Oltre a queste due esperienze "positive", sempre senza alcuna pretesa di esaustività, può essere ricordata anche la California, che pur avendo riconosciuto il diritto all'aborto già nel 1969 – ben 4 anni prima di *Roe* – ha costituzionalizzato, tramite voto referendario, «*an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions*», cfr. California Constitution, Art. 1 – Declaration of rights, così come emendato a novembre 2022.

⁴⁶ Da ultimo, il 7 aprile 2023 un giudice distrettuale ha sospeso in Texas la commercializzazione della pillola abortiva a base di mifepristone, approvata nel 2000 dalla *Food and Drug Administration* (FDA); la decisione è stata prontamente impugnata dall'Amministrazione federale e, nei giorni successivi, la *Court of Appeal* del *Fifth Circuit* si è pronunciata affermando la possibilità di continuare la vendita di tale farmaco, mantenendo, tuttavia, alcuni limiti: in particolare, la pillola abortiva dovrà essere prescritta e somministrata in presenza da un medico dopo 3 visite (venendo meno, dunque, la possibilità di ottenere tale farmaco per posta, eventualità resa possibile dalla stessa FDA) ed entro il termine di 7 settimane dall'inizio della gravidanza. Sempre l'Amministrazione Biden si è rivolta alla Corte Suprema; sul punto, è intervenuto il giudice Alito sospendendo temporaneamente le decisioni che limitano l'accesso alla pillola abortiva, rinviando al 19 aprile 2023 la discussione del caso. Sulla vicenda, si veda A. HOWE, *Biden administration and drug manufacturer ask court to block suspension of mifepristone approval*, in *Scotus Blog*, 14 aprile 2023, disponibile al link <https://www.scotusblog.com/2023/04/supreme-court-biden-administration-and-drug-manufacturer-ask-court-to-block-suspension-of-mifepristone-abortion-approval/> ; P. BELLUCK, A. LIPTAK, *Abortion Is Back at Supreme Court's Door After Dueling Orders on Pill*, in *The New York Times*, 13 aprile 2023.

⁴⁷ Per una completa e aggiornata ricostruzione delle discipline statali sul tema, cfr., di nuovo, la pagina curata dal New York Times, *Tracking the States Where Abortion is now banned*, cit.; si veda, inoltre, il contributo di R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo degli Stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/special issue, 2023, 45 ss.

⁴⁸ Nell'ambito di questa nuova prospettiva del diritto all'aborto, emerge come estremamente significativa l'esperienza del Kansas, Paese a guida repubblicana, nel quale le restrizioni all'esercizio del diritto all'aborto sono state "bocciate" tramite voto referendario cfr. M. SMITH, K. GLUECK, *Kansas vote to preserve Abortion Rights Protections in Its Constitution*, in *The New York Times*, 2 agosto 2022, disponibile al link <https://www.nytimes.com/2022/08/02/us/kansas-abortion-rights-vote.html> .



“*right to abortion*”, mantenendo, seppure più flebilmente rispetto a prima, uno standard minimo di garanzia su tutto il territorio statunitense⁴⁹.

Nel tentativo di frenare l’adozione di legislazioni sempre più restrittive, l’amministrazione federale si è schierata fin da subito contro la sentenza della Corte, ritenendo che la stessa sia in realtà il risultato di ideologie conservatrici, espressione di convinzioni anche politiche. Il Presidente Biden, quindi, ha cercato di contenere gli effetti della decisione della Corte, provando ad assicurare comunque determinate forme di tutela su tutto il territorio nazionale, attraverso due successivi ordini esecutivi, che, tuttavia, non sembrano però in grado di vincolare le normative statali in termini di garanzia e legalizzazione delle procedure di aborto e, pertanto, pur essendo meritevoli di attenzione, non riescono ad esercitare un’azione così incisiva e condizionante⁵⁰.

Al contrario, sembra ben più efficace la “strategia” – se così può essere definita – che è stata adottata al fine di tutelare i diritti delle coppie omosessuali, consistente nell’approvazione di un’apposita normativa sul punto. Il diritto ad avere relazioni e a contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso rappresenta un’altra di quelle prerogative riconosciute per via giurisprudenziale, non previste espressamente dal testo costituzionale, e che, pertanto, ben potrebbero essere “bersaglio” del nuovo approccio interpretativo adottato in quest’ultima fase dalla Corte Suprema⁵¹. Il nuovo “bill”, denominato

⁴⁹ «*Let me begin with my agreement with the Court, on the only question we need decide here: whether to retain the rule from Roe and Casey that a woman’s right to terminate her pregnancy extends up to the point that the fetus is regarded as “viable” outside the womb. [...] The Court’s decision to overrule Roe and Casey is a serious jolt to the legal system—regardless of how you view those cases*». E ancora «*I am not sure, for example, that a ban on terminating a pregnancy from the moment of conception must be treated the same under the Constitution as a ban after fifteen weeks*», così la *concurring opinion* del Chief Justice Roberts, 2, 11-12. Secondo il *Chief Justice*, la Corte Suprema avrebbe dovuto alla richiesta iniziale dello Stato del Mississippi (poi mutata in una espressa messa in discussione dei precedenti di Roe e Casey) valutando soltanto la possibilità di emanare normative che vietassero le procedure di aborto prima del limite della *viability*, senza pronunciarsi oltre.

⁵⁰ In particolare, il primo ordine esecutivo è arrivato ad inizio luglio (testo è disponibile al seguente link <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/07/08/executive-order-on-protecting-access-to-reproductive-healthcare-services/>) e il secondo a circa un mese di distanza dal primo (testo disponibile al seguente <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/08/03/executive-order-on-securing-access-to-reproductive-and-other-healthcare-services/>). Gli ordini di Biden sono diretti ad un costante monitoraggio delle normative statali in tema di aborto, e al rafforzamento delle tutele federali in termini di assistenza medica, in merito all’accesso alle procedure di interruzione di gravidanza (inclusi i medicinali autorizzati dall’FDA), ai metodi contraccettivi, alla messa in atto di iniziative di sensibilizzazione ed educazione pubblica sul tema, al coinvolgimento di avvocati che possano tutelare pro bono l’eventuale personale sanitario, a meccanismi volti a rafforzare la tutela della privacy relativamente all’utilizzo dei servizi legati alla salute riproduttiva. Inoltre, proprio il secondo atto del Presidente impone di fornire un aiuto alle donne con difficoltà economiche residenti in Paesi in cui l’aborto è oggi vietato, al fine di consentire il loro trasferimento presso altri Stati in cui tali operazioni sono invece garantite e tutelate. A ciò si aggiunge, inoltre, la creazione di una task force governativa (*Task force on Reproductive Healthcare Access*) volta a monitorare le legislazioni statali e ad individuare eventuali strategie di azione per implementare le tutele in questo ambito, cfr. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-reproductive-rights-task-force>.

⁵¹ Si ricordi la *concurring opinion* del giudice Thomas, cfr. supra nota 26.

Respect for Marriage Act, in questo modo, riconosce e garantisce i matrimoni anche delle coppie omosessuali a livello federale e all'interno dei singoli Stati, mettendo al riparo da eventuali *revirement* giurisprudenziali le tutele faticosamente raggiunte⁵².

La scelta dei giudici supremi ha determinato, inoltre, reazioni molto forti anche in ambito europeo, in relazione al quale deve essere ricordata l'azione promossa dal Parlamento Europeo con la Proposta di Risoluzione presentata a giugno 2022, subito dopo la sentenza *Dobbs*, attraverso la quale si propone l'inserimento, all'interno della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, di un'apposita disposizione volta a riconoscere espressamente il diritto di ogni persona ad ottenere un aborto sicuro e legale (quale nuovo art. 7 bis della Carta)⁵³. Il Parlamento Europeo arriva a questa considerazione alla luce delle difficoltà esistenti sia a livello europeo, nel garantire l'accesso alle procedure di aborto (si pensi, in particolare, al caso polacco o al codice penale maltese)⁵⁴, sia oltreoceano, soffermandosi ampiamente sull'esperienza statunitense rispetto alla quale vengono evidenziate forti preoccupazioni in merito alla salute sessuale e riproduttiva di donne e ragazze, rivolgendo allo stesso Governo federale l'invito ad agire in questo ambito con tempestive misure di tutela. La proposta del Parlamento Europeo vuole probabilmente rappresentare, da una parte, una sorta di "misura preventiva", volta ad evitare che la decisione della Corte Suprema possa avere un'eco ulteriore, andando ad influenzare anche gli equilibri già fragilissimi di alcune esperienze europee in tema di aborto. Dall'altra parte, essa invia indubbiamente un segnale importante da parte dell'Europa, una presa di posizione piuttosto netta, nel tentativo di contribuire ad orientare le politiche dei singoli Stati in materia.

L'impatto della decisione *Dobbs* è ancora soltanto all'inizio e ad oggi si manifesta con proiezioni estremamente drammatiche sulle donne⁵⁵. Di certo, l'aborto conduce inevitabilmente ad un bilanciamento

⁵² Si tratta del *Respect for Marriage Act*, H.R. 8404, approvato dapprima dalla House of Representatives e poi dal Senato; il bill, a seguito della firma del Presidente Biden, è ora in vigore; il testo è consultabile a questo link <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8404/text>. Sul punto, cfr. A. KARNI, *Bill to Protect Same Sex Marriage Rights Clears Congress*, in the *New York Times*, 8 dicembre 2022, disponibile al link <https://www.nytimes.com/2022/12/08/us/politics/same-sex-marriage-congress.html>; P. MASTROLILLI, *La Camera USA lancia un segnale alla Corte Suprema: "I matrimoni gay restino legali"*, in *La Repubblica*, 20 luglio 2022, disponibile al link https://www.repubblica.it/esteri/2022/07/20/news/la_camera_usa_lancia_un_segnaile_alla_corte_soprema_i_matrimoni_gay_restino_legali-358543666/; si veda, inoltre, A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson*, cit., 65.

⁵³ Cfr. il testo della *Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne, anche nell'UE*, presentato a giugno 2022 e approvato nel mese successivo, disponibile al link https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0365_IT.pdf. Per un'analisi della reazione europea a *Dobbs*, cfr. P. DE PASQUALE, *Editoriale. Il diritto di aborto...o l'aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, VIII ss.

⁵⁴ Sul punto, si veda il Comunicato stampa del Parlamento Europeo, *The abortion ban in Poland in an attack on woman's and fundamental rights*, 28 gennaio 2021, disponibile al link <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210128IPR96601/the-abortion-ban-in-poland-is-an-attack-on-women-s-and-fundamental-rights>; S. Fiore, *Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione Europea: riflessioni a partire dal caso polacco*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 1 - Special issue, 387 ss., 399 ss.; M. Tomasi, *Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2023, 1 - Special issue, 403 ss.

⁵⁵ K. KIMPTON, *Abortion after Dobbs: Defendants, denials, and delays*, in *Science Advances*, 36, 8, 2022, in cui vengono identificati, in particolare, 3 profili problematici connessi alle ricadute della decisione in esame: «(i)

Call

di valori estremamente complesso, contrassegnato da una irriducibile fragilità, rimanendo un fatto controverso, in cui confluiscono principi etici, esigenze sociali, implicazioni culturali; e, tuttavia, davanti a questa complicata serie di istanze, non è possibile sottrarsi al tentativo di operare una sintesi degli interessi in gioco. Da questo punto di vista, *Dobbs* sembra aver compiuto un passo indietro, essendosi spinta fino al superamento dei propri precedenti, che forse (stando a quanto sostenuto, ad esempio, dal Giudice Roberts) poteva anche non essere del tutto necessario ai fini della decisione del caso.

Se a partire dalla sentenza *Roe* l'interruzione di gravidanza è stata motivo di accesi conflitti culturali, traducendosi spesso in un vero e proprio *political issue*, oggi tale aspetto assume toni ancora più gravi. La questione, infatti, malgrado il tentativo della Corte Suprema di ripristinare i "vecchi" equilibri nel rispetto del dettato e della storia costituzionale americana, rimane ancora del tutto aperta, rimessa al processo politico, che sembra caratterizzato da profonde incertezze.

more people surveilled and criminalized for activities during pregnancy; (ii) more people denied abortion care; and (iii) more delays in obtaining abortion care», 1.

