



IL DIRITTO ALL'ABORTO ED IL RUOLO DELLA TRADIZIONE NEL
CONTROVERSO *OVERRULING* DI *ROE V. WADE**

ANGIOLETTA SPERTI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I precedenti. - 3. La tesi della maggioranza ed il valore della tradizione nella individuazione di nuovi diritti di rango costituzionale. – 4. *Dobbs* ed il principio dello *stare decisis*. – 5. Alcune osservazioni conclusive.

1. Premessa

Nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹ del 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ribaltato *Roe v. Wade*², la storica pronuncia in cui nel 1973 aveva riconosciuto, in base al XIV emendamento della Costituzione federale, il diritto fondamentale e costituzionale all'aborto.

Nel raggiungere questa conclusione, *Dobbs* ha confermato la legittimità costituzionale di una legge dello stato del Mississippi del 2018 (*Mississippi's Gestational Age Act*) che vieta l'aborto oltre le 15 settimane di gestazione, ma che non aveva ancora trovato concreta applicazione poiché le corti federali avevano accolto, sia in primo che in secondo grado di giudizio, i ricorsi che ravvisavano nella legge una violazione dei principi affermati dalla Corte Suprema in *Roe* ed in seguito in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* del 1992³.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Professoressa associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022); 142 S. Ct. 2228 (2022).

² *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), a commento della quale, nella nostra dottrina, V. BARSOTTI, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1990, 556; S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

³ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

La pronuncia – i cui esiti erano stati anticipati da una clamorosa fuga di notizie⁴ che, per la prima volta, ha violato la segretezza dei lavori di una corte tradizionalmente poco aperta ai *media* ed all’opinione pubblica⁵ - è stata adottata con una maggioranza di cinque a quattro. Per essa è stato determinante il voto dei nuovi giudici nominati dal Presidente Trump (Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett) i quali, insieme con il giudice conservatore Clarence Thomas, hanno sottoscritto l’*opinion of the Court* del giudice Samuel Alito⁶. Il presidente della Corte, il giudice John Roberts, ha, invece, scritto un’opinione concorrente nel *judgment*, non condividendo l’*overruling* di *Roe v. Wade*. Contrari, invece, i tre giudici *liberal* della Corte (Stephen Breyer, Sonia Sotomayor, Elena Kagan) che hanno letto nella decisione della maggioranza oltre che una grave violazione del diritto all’autodeterminazione della donna, un pericolo per la tutela di altri diritti fondamentali ed un danno alla legittimazione della Corte Suprema.

Poiché l’impatto di *Roe* andò ben oltre i confini degli Stati Uniti – come dimostrato dal fatto che ad essa fecero seguito la nota sentenza n. 27 del 1975 della nostra Corte costituzionale⁷, la decisione del 1974 del Tribunale costituzionale austriaco⁸, le pronunce del 1975 del Tribunale costituzionale tedesco⁹ e del *Conseil constitutionnel* francese¹⁰ – è necessario interrogarsi sulle conseguenze che *Dobbs* produrrà nell’ordinamento costituzionale statunitense e in tutti i paesi sui quali *Roe* esercitò notevole influenza. Tra i molti spunti di riflessione che la pronuncia offre, mi soffermerò, in particolare, sul valore assegnato dalla maggioranza alla tradizione sulle future conseguenze per l’accesso all’aborto a livello statale ed, infine, sulle probabili implicazioni del suo *rationale* sulla tutela di altri diritti fondamentali.

2. I precedenti

Nel 1973, riconoscendo il diritto “fondamentale” della donna all’aborto, *Roe v. Wade* si pose nel solco di una giurisprudenza di poco precedente¹¹ che aveva rinvenuto il fondamento di nuovi diritti della sfera privata e familiare in un generale diritto alla privacy, inteso come diritto di autodeterminazione in relazione alle scelte fondamentali

⁴ J. GERSTEIN, A. WARD, *Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows*, in *Politico.com*, 2 maggio 2022 (<https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>).

⁵ Sul punto sia consentito rinviare ad A. SPERTI, *Constitutional Courts Speak Their Voice. Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, 224 ss.

⁶ Sui nuovi equilibri nella Corte Suprema, P. PASSAGLIA, *President Trump’s Appointments: A Policy of Activism*, in *Dpce Online*, 1/2021.

⁷ Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 1975, n. 27.

⁸ Österreichischer Verfassungsgerichtshof (VfGH), sentenza 11 ottobre 1974, [1974] *Erklärungen des Verfassungsgerichtshofs* 221.

⁹ Bundesverfassungsgericht, 39 BVerGE 1 (1975) (cd. Aborto I).

¹⁰ Conseil constitutionnel, Decision 74-54 DC del 15 gennaio 1975.

¹¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

“della sfera sessuale e della procreazione”¹² o, più precisamente, come scrisse L. Tribe, in un “*right to reproductive autonomy*”¹³.

Il diritto alla riservatezza fu, in particolare, ricondotto dalla Corte Suprema alla “libertà” di cui al XIV Emendamento, un principio “ampio a tal punto da ricomprendere il diritto della donna di decidere se terminare o meno la gravidanza”¹⁴. 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. In particolare, solo il perseguimento di un “pressante interesse statale” (*compelling state interest*) e l’adozione di misure legislative solo e “strettamente rivolte” (*narrowly drawn*) al perseguimento dei “legittimi interessi statali in gioco”¹⁵ avrebbero potuto superare il vaglio di legittimità costituzionale delle corti. Tra gli interessi che avrebbero giustificato limitazioni al diritto delle donne di abortire *Roe* ritenne rilevanti sia la salute della madre che la tutela del nascituro capace di sopravvivere al di fuori del grembo materno (cd. *viability*).

Su tali considerazioni la pronuncia fondò la suddivisione della gravidanza in trimestri, delineando in ciascuno di essi una diversa graduazione degli interessi costituzionali in gioco secondo un approccio che ha trovato accoglimento anche nella nostra legge n. 194 del 1978. La Corte ritenne, in particolare, che solo nel primo trimestre di gravidanza l’interesse statale alla tutela della salute della donna sarebbe stato “*compelling*”, mentre la tutela del feto avrebbe potuto giustificare legittime limitazioni statali nel terzo trimestre.

Questi principi furono superati dalla Corte Suprema in un’altra rilevante pronuncia del 1992, anch’essa oggetto in *Dobbs* – al pari di *Roe v Wade* – di *overruling*: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁶. Il caso *Casey*, pur riaffermando l’“*essential holding*” di *Roe*, ne operò un *partial overruling*: alla suddivisione della gravidanza in trimestri la Corte Suprema sostituì, infatti, una distinzione della gravidanza in due fasi, quella in cui il feto non ha ancora acquisito un grado di sviluppo che gli consenta di sopravvivere al di fuori del grembo materno (*previability*) e quella della cd. «vitalità» (*viability*). Gli spazi di intervento del legislatore, si precisò in *Casey*, sarebbero stati più o meno ampi a seconda del momento della gestazione: nella prima fase, una legge che avesse limitato il ricorso all’aborto sarebbe stata giudicata costituzionale solo se essa non avesse inciso sulla capacità di scelta della donna (*undue burden test*)¹⁷. Di conseguenza, lo Stato non avrebbe potuto vietare l’aborto prima della vitalità, ma solo regolarlo a condizione che la disciplina non realizzasse l’effetto «*di porre un ostacolo sostanziale al diritto della donna di compiere l’aborto di un feto ancora non vitale*”. Dopo la vitalità, invece, la tutela del feto sarebbe

¹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (1973).

¹³ L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola N.Y., Foundation Press, 2000, 1339.

¹⁴ *Roe*, cit., 381 U.S., in part. 153.

¹⁵ *Roe*, cit., 381 U.S., 155.

¹⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), in *Foro italiano*, 1992, IV, 526 con nota di V. BARSOTTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la questione dell’aborto: verso una nuova maggioranza?*

¹⁷ *Casey*, cit., 505 U.S., 874 ss.

divenuta più forte e lo stato avrebbe persino potuto vietare certe tecniche abortive, a condizione che esse – come affermato in *Roe* – non fossero state necessarie per proteggere la salute e la vita della madre¹⁸.

Nel sostituire al “rigoroso scrutinio” di *Roe* un nuovo *standard of review* incentrato sul cd. *undue burden*, *Casey* rese di fatto più facile regolare il diritto all’aborto. Inoltre – pur in assenza di un esplicito riferimento alla natura del diritto all’aborto – apparve evidente come la sostituzione dello *strict scrutiny* con un criterio più lasco di valutazione della legittimità costituzionale delle limitazioni al diritto all’aborto (il cd. *undue burden test*), potesse essere letto come il superamento della natura “fondamentale” del diritto dell’aborto.

Con *Casey* i movimenti *pro-life* compresero che la lotta contro l’aborto dovesse concentrarsi sull’introduzione di limiti (federali o statali) al suo esercizio. Negli ultimi decenni, sono stati così introdotti a livello statale nuovi passaggi procedurali per tentare di dissuadere le donne dal loro intento di abortire (ad esempio, la previsione di tempi di attesa o il coinvolgimento del coniuge o dei genitori nella decisione), requisiti e condizioni di esercizio per le cliniche che praticavano l’aborto (apparentemente giustificate dall’intento di rafforzare la tutela della salute delle donne) ed, infine, divieti di particolari tecniche abortive.

Tali limitazioni furono per lo più dichiarate incostituzionali dalle corti statali e federali, ma un ulteriore indebolimento del *rationale* di *Roe* venne nel 2007 quando – con il voto determinante di Alito, estensore della sentenza in commento, nel frattempo nominato giudice in sostituzione di Sandra Day O’Connor – la Corte Suprema si espresse a sostegno di una legge federale che vietava una particolare tecnica abortiva (cd. *partial birth abortion*), di solito praticata nel secondo trimestre di gravidanza. La pronuncia, *Gonzales v. Carhart*¹⁹ - che il giudice Ginsburg nella propria *dissenting opinion* (condivisa anche dagli altri giudici del *liberal bloc* della Corte) non ebbe difficoltà a definire come “*alarming*” sul piano dei suoi rapporti con la precedente giurisprudenza della Corte – concluse, infatti, che il divieto non costituisse un *undue burden* per il diritto della donna di abortire, nonostante il legislatore federale non avesse previsto alcuna eccezione nel caso di pericolo alla salute della madre, come richiesto da *Roe*.

Le restrizioni imposte alle cliniche che praticano l’aborto (cd. “TRAP laws” — *Targeted Regulation of Abortion Providers*) sono state, invece, oggetto di un’altra rilevante decisione del 2016 (*Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*)²⁰. La sentenza riguardò una legge del Texas che imponeva, in primo luogo, ai medici di garantire alle proprie pazienti la possibilità di accedere anche agli ospedali locali ed, in secondo luogo, alle cliniche di soddisfare gli standard previsti per gli ambulatori che praticavano interventi chirurgici. La Corte Suprema ritenne la legge incostituzionale e, respingendo le conclusioni raggiunte in appello dalla Corte di appello del V Circuito, sostenne di

¹⁸ *Casey*, cit., 505 U.S., 879 che richiama *Roe v. Wade*, cit., 410 U.S. in part. 164-165.

¹⁹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). A commento della pronuncia si v. A. SPERTI, *La Corte Suprema statunitense ed il tema dell’aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso Roe v. Wade?*, in *Foro italiano*, 2007, 396 ss.

²⁰ *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016).

avere il diritto in base alla Costituzione di riesaminare le valutazioni di fatto poste alla base della scelta del legislatore “ove sia posta a rischio la tutela di diritti costituzionali”. Tuttavia, la sentenza rese evidenti non solo il definitivo superamento di un rigoroso scrutinio delle restrizioni all’aborto, ma anche i contrasti giurisprudenziali riguardanti l’interpretazione ed applicazione di un criterio vago come quello dell’“*undue burden*”.

3. La tesi della maggioranza ed il valore della tradizione nella individuazione di nuovi diritti di rango costituzionale

Il definitivo *overruling* di *Roe v. Wade* è, dunque, l’epilogo di una strategia di lungo periodo dei movimenti *pro-life* e del partito repubblicano, realizzatasi attraverso il progressivo indebolimento dei suoi principi sia sul piano giurisprudenziale che politico, grazie al sostegno dei legislatori degli stati a maggioranza repubblicana ed alle nomine presidenziali che hanno mutato gli equilibri interni alla Corte Suprema.

L’affermazione centrale di *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* è che *Roe v. Wade* sia stata una decisione “*egregiously wrong from the start*”²¹: non solo, infatti - chiarisce il giudice Alito, estensore dell’opinione di maggioranza - *Roe* equivalse ad un illegittimo esercizio di potere legislativo da parte della Corte Suprema, in violazione delle attribuzioni dei legislatori statali cui dall’adozione della costituzione federale era stata rimessa la competenza in una materia così divisiva per la società americana come l’aborto²², ma costituì anche una pronuncia errata nelle sue conclusioni. *Roe* – precisa ancora il giudice Alito - rinvenne, infatti, il fondamento del diritto all’aborto nel diritto alla privacy²³, mentre *Casey* ricondusse tale diritto alla più generale libertà di compiere scelte intime e personali, centrali per la dignità e l’autonomia dell’individuo²⁴: tuttavia, “la Costituzione non fa riferimento all’aborto, e tale diritto non è implicitamente protetto da alcuna previsione costituzionale, compresa la disposizione costituzionale su cui sia *Roe* che *Casey* si fondarono, la *Due Process Clause* del XIV Emendamento”²⁵. Di conseguenza, conclude, le due pronunce devono essere *overruled* e la parola deve ritornare “all’autorità del popolo e dei suoi rappresentanti eletti”²⁶.

La motivazione si sofferma sui presupposti in base ai quali è possibile riconoscere tutela costituzionale a diritti che non trovano esplicita menzione nel testo Costituzionale. Scrive, infatti, la Corte Suprema che un “nuovo diritto” deve soddisfare due condizioni: essere “profondamente radicato nella storia e nella tradizione di questa Nazione” ed “essere implicito nel concetto di *ordered liberty*” di cui al XIV Emendamento. Il diritto all’aborto scrive il giudice Alito, non soddisfa tali condizioni,

²¹ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2243.

²² Il giudice Alito sottolinea che “*the opinion concluded with a numbered set of rules much like those that might be found in a statute enacted by a legislature*”.

²³ *Roe*, cit., 410 U.S., 154.

²⁴ *Casey*, cit., 505 U.S., 851.

²⁵ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2242.

²⁶ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2284.

non solo perché sino alla fine del XX secolo esso non era riconosciuto come diritto costituzionale in alcuno degli stati²⁷, ma anche perché “quando fu adottato il XIV emendamento, tre quarti degli Stati punivano penalmente l'aborto in tutti gli stadi della gravidanza”²⁸.

L'opinione della Corte si diffonde, quindi, in un'estesa ricostruzione della giurisprudenza, della legislazione e della dottrina sull'aborto a partire dall'esperienza inglese del XIII sec. sino al 1868, data di adozione del XIV Emendamento e ravvisa un “*overwhelming consensus*”²⁹ sino a *Roe v. Wade* contro l'interruzione della gravidanza.

Dobbs offre spunto, in primo luogo, per alcune considerazioni circa il ruolo da assegnare alla storia ed alla tradizione nell'individuazione di diritti “non enumerati” in Costituzione³⁰. È utile ricordare che questo tema non ha mai trovato nella giurisprudenza della Corte Suprema una risposta consolidata ed unanimemente condivisa. Il IX Emendamento della Costituzione federale che recita “il fatto che la Costituzione enumeri determinati diritti non potrà intendersi nel senso di negare o di deprezzare altri diritti che il popolo si sia riservato” non ha, infatti, assolto alla funzione di “norma aperta” al pari dell'art. 2 Cost. e – sebbene richiamato dalla stessa Corte Suprema anche in *Griswold*³¹, la famosa pronuncia sul riconoscimento del diritto alla *privacy* nell'uso dei contraccettivi – è stato perlopiù inteso come un monito al Congresso per la “salvaguardia (*maintenance*) dei diritti riconosciuti dalle leggi degli Stati”³².

La Corte Suprema, invece, ha spesso richiamato il valore della tradizione, ritenendola “un'opportunità per ampliare l'universo delle libertà protette integrando i diritti enumerati con i diritti che si sono sviluppati nel tempo”³³ e, sin dagli anni Trenta del secolo scorso, ha precisato che la *Due Process Clause* del XIV Emendamento protegge quelle libertà che sono “così radicate nelle tradizioni e nella coscienza del nostro popolo da essere considerate fondamentali”³⁴.

Tuttavia, il peso da assegnare alla tradizione non è affatto pacifico, tanto che nella giurisprudenza della Corte Suprema possono distinguersi quattro principali interpretazioni.³⁵ Una prima – avanzata, ad esempio, dal giudice conservatore Scalia –

²⁷ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2235.

²⁸ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2237.

²⁹ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2253.

³⁰ Sul valore della tradizione per colmare i *great silences* della Costituzione federale ed, in particolare, nell'individuazione di “nuovi” diritti, si v. J.M. BALKIN, *Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction* in 11 *Cardozo Law Review* 1613 (1990); K.T. BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis* in 62 *Duke Law Journal* 535 (2012); H. BORK, *Tradition and Morality In Constitutional Law*, Washington DC, 1984; R.L. BROWN, *Tradition and Insight*, *Yale Law Journal* 177 (1993); S. SCHEFFLER, *Equality and Tradition. Questions of Value in Moral and Political Theory*, Oxford, 2010.

³¹ *Griswold*, cit.

³² R.L. CAPLAN, *The History and Meaning of the Ninth Amendment* in 69 *Virginia Law Review* 224 (1983), 227.

³³ L.R. BROWN, *Tradition and Insight* in 103 *Columbia Law Journal* 178 (1993), 201.

³⁴ *Snyder v. Massachusetts* 291 U.S. 97, 105 (1933) e *Griswold*, cit., 381 US 479, 493 (1965) (Douglas concurring).

³⁵ A. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, cui mi sia consentito di rinviare.

ha accolto una prospettiva rigida e radicale, assegnando alla tradizione un valore determinante nell’individuazione di nuovi diritti³⁶. Una seconda corrente giurisprudenziale ha criticato, invece, il valore della tradizione ritenendola “*steeped in the prejudices and superstitions of a time long past*”³⁷.

Infine, due teorie più sfumate e flessibili sono state proposte dal giudice Harlan nel suo *dissent in Poe v Ullman*³⁸ e dalla maggioranza della Corte Suprema in *Washington v Glucksberg*³⁹. Il giudice Harlan ritenne in *Poe* che “ogni nuova pretesa di tutela costituzionale deve essere considerata sullo sfondo dei principi costituzionali, così come sono stati razionalmente percepiti e storicamente sviluppati” e vide nella tradizione “una fonte di orientamento per lo sviluppo della dottrina costituzionale”, senza assegnare ad essa un’importanza determinante, perché “non c’è metro meccanico, nessuna risposta meccanica”.

Più restrittiva è stata, invece, la posizione espressa dalla maggioranza in *Washington v. Glucksberg*⁴⁰. Questa lettura, definita dalla dottrina come “un approccio chiuso e stereotipato”, viene oggi fatta propria dalla Corte Suprema in *Dobbs* e richiede, come si è ricordato, che per essere riconosciuto come “*due process liberty*”, un diritto debba essere “*objectively, deeply rooted in this Nation’s history and tradition ... and implicit in the concept of ordered liberty such that neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed*”.⁴¹ In linea con *Glucksberg*, la Corte Suprema ritiene dunque in *Dobbs* che “la storia, le tradizioni giuridiche e le prassi ... forniscono la guida essenziale per l’adozione di decisioni responsabili”⁴².

Questa digressione mi consente di osservare come il giudice Alito presenti oggi in *Dobbs* come pacifico un approccio che in realtà nella giurisprudenza della Corte Suprema non può dirsi tale. *Casey* fece, infatti, propria la posizione espressa dal giudice Harlan in *Poe* e questa fu in seguito implicitamente accolta dalla Corte nel 2015 in *Obergefell v Hodges*⁴³, la notissima pronuncia sul riconoscimento del diritto delle coppie dello stesso sesso di unirsi in matrimonio. Proprio in *Obergefell* la maggioranza della Corte Suprema respinse la diversa interpretazione accolta in *Glucksberg* e sostenuta, invece, dal giudice Alito, tanto che il giudice Roberts, nella sua *dissenting opinion*, osservò come “la posizione della maggioranza impone un *overruling* di *Glucksberg*”⁴⁴. Sino ad *Obergefell*, la più rilevante pronuncia sui diritti degli ultimi anni, la tesi di Alito era rimasta, dunque, minoritaria tanto che la Corte Suprema si astenne dal compiere una ricostruzione in chiave storica del diritto delle coppie dello

³⁶ Cfr., in particolare, la *dissenting opinion* del giudice Scalia in *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003) su cui KT BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, 62 *Duke Law Journal* 535 (2012). Sulla pronuncia, V. BARSOTTI, *Privacy e Orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

³⁷ Si v. la *dissenting opinion* del giudice Brennan in *Michael H v. Gerald D* 491 U.S. 110, 141 (1989).

³⁸ *Poe v. Ullman* 367 U.S. 497 (1961).

³⁹ *Washington v. Glucksberg* 521 US 702 (1997).

⁴⁰ K. YOSHINO, *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, in 129 *Harvard Law Review* 147 (2015), 149.

⁴¹ *Glucksberg*, cit., 521 U.S., 721.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 135 S. Ct. 2584 (2015).

⁴⁴ *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2621.

stesso sesso di unirsi in matrimonio, parlando, invece, di un più generale diritto al matrimonio, indipendentemente dalle caratteristiche personali dei nubendi.

Il confronto con la sentenza del 2015 mi consente, quindi, di evidenziare non solo come *Dobbs* faccia un uso strumentale dei precedenti, ma anche di sottolineare come l'argomento della tradizione si presti ad essere declinato diversamente a seconda del contesto o delle finalità dell'interprete. Anche *Roe*, ad esempio, attribuì peso alla tradizione, dedicando quasi diciotto pagine alla ricostruzione della legislazione penale che, sin dalle origini inglesi, vietava l'interruzione della gravidanza⁴⁵. Tuttavia, *Roe* evidenziò anche come "nella *common law* al tempo dell'adozione della Costituzione, e per buona parte del XIX secolo, l'aborto fosse visto con minor disfavore di quanto non accadesse nelle leggi attualmente in vigore"⁴⁶, come i divieti penalmente sanzionati di praticare l'aborto fossero, almeno sino alla scoperta degli antibiotici negli anni Quaranta, connessi anche agli alti rischi di infezione per le donne⁴⁷ e, infine, come sia la giurisprudenza che le leggi statali sino agli anni Settanta avessero comunque tentato di bilanciare la tutela del nascituro con la salute e la vita della madre⁴⁸, prevedendo quest'ultima come causa di esclusione del reato.

La sentenza *Dobbs* ignora, invece, questi temi del dibattito giurisprudenziale, politico e dottrinale, presentando la tradizione giuridica come costante ed uniforme nel vietare l'interruzione della gravidanza. Essa trascura totalmente la prospettiva della donna e, quindi, la legislazione antiabortista precedente *Roe v Wade* che aveva comunque spesso fatti salvi il suo diritto alla vita o la sua autonomia di scelta in caso di stupro o incesto.

Inoltre, la ricostruzione storica offerta dal giudice Alito in *Dobbs* non tiene conto del dibattito femminista che ha ampiamente dimostrato come la legislazione antiabortista fosse influenzata da un approccio discriminatorio di genere⁴⁹ e respinge come irrilevante alla luce dei precedenti la giurisprudenza successiva al *Pregnancy Discrimination Act* che ha, invece, valorizzato questa prospettiva⁵⁰. Di questo dibattito hanno, invece, ampiamente dato conto nel loro *amicus brief* S. Mayeri, M. Murray e R. Siegel, evidenziando la componente egualitaria ed antidiscriminatoria delle politiche *pro-choice*⁵¹ e ripercorrendo la giurisprudenza della stessa Corte Suprema⁵² che ha

⁴⁵ *Roe*, cit., 381 U.S., 129 ("It perhaps is not generally appreciated that the restrictive criminal abortion laws in effect in a majority of States today are of relatively recent vintage").

⁴⁶ *Roe*, cit., 381 U.S., 140.

⁴⁷ *Roe*, cit., 381 U.S., 149.

⁴⁸ *Roe*, cit., 381 U.S., 113 e 127.

⁴⁹ J. C. MOHR, *Abortion in America: The Origins and Evolution of A National Policy, 1800-1900*, New York, 1978, 147-179, 200-219; L. J. REAGAN, *When Abortion Was a Crime: Women, Medicine, and Law in the United States 1867- 1973*, Berkeley, 1997, 10 ss.; R. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection* in 44 *Stanford Law Review* 281 (1992), 304.

⁵⁰ *Dobbs*, 142 S. Ct., 2245-6 (in cui Alito definisce questa prospettiva come "squarely foreclosed by our precedents, which establish that a State's regulation of abortion is not a sex-based classification" e cita *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974), un caso poi superato da successive pronunce.

⁵¹ S. MAYERI, M. MURRAY, R. SIEGEL, *Equal Protection in Dobbs and Beyond: How States Protect Life Inside and Outside of the Abortion Context* in 43 *Columbia Journal of Gender and Law*, in uscita nel 2023 e disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4115569.

valorizzato il principio di eguaglianza (*Equal Protection Clause*) ed il divieto di discriminazione in base al sesso.

A queste considerazioni devono, in conclusione, sommarsi alcune obiezioni di fondo: in primo luogo, occorre chiedersi se possa condividersi in *Dobbs* un approccio tradizionalista ed originalista che legge “il più importante fatto storico” in “come gli Stati regolavano l’aborto quando il XIV Emendamento fu adottato”⁵³ nel 1868. I giudici dissenzienti criticano aspramente questa prospettiva, ricordando come al tempo dell’adozione della Costituzione o dell’adozione degli emendamenti successivi alla guerra civile il popolo americano (nella celebre formula del preambolo, “*We the People*”) non comprendesse le donne e le altre minoranze⁵⁴ e sottolineano come, anche in *Casey*, la Corte Suprema avesse preso le distanze da una ricostruzione arbitraria del dato storico⁵⁵.

Il tradizionalismo, combinato con l’originalismo⁵⁶, rischia in realtà di risolversi in un “*circular reasoning*”: come nelle pronunce sul matrimonio tra persone dello stesso sesso la ricerca della tradizione del matrimonio eterosessuale assegnava valore normativo al dato normativo del passato e si risolveva in un argomento autoreferenziale che poneva in secondo piano la riflessione sulla libertà e l’eguaglianza⁵⁷, anche in *Dobbs* la tradizione non consente di valutare e bilanciare tutti gli interessi in gioco. Come scrisse il giudice Kennedy in *Obergefell*, “se i diritti fossero definiti da chi li ha esercitati in passato, le prassi precedenti potrebbero fungere da giustificazione continua ed i nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti una volta negati”⁵⁸.

In secondo luogo, occorre chiedersi come debba essere ricostruito il contenuto di un “nuovo diritto”. La giurisprudenza sui diritti delle persone LGBTQ+ ha, infatti, dimostrato quanto la prospettiva di partenza accolta dalle corti possa influenzare gli esiti della decisione⁵⁹. Inoltre, sebbene in passato la Corte Suprema abbia inteso i diritti non enumerati come libertà negative, in linea con una la prevalente interpretazione del XIV Emendamento ai tempi della sua formulazione, l’opinione di maggioranza in *Dobbs* non

⁵² *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996); *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 538 U.S. 721, 736 (2003).

⁵³ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2267.

⁵⁴ *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2324 ss.

⁵⁵ *Casey*, cit., 505 U.S., 896 (“*There was a time when the Constitution did not protect men and women alike*”).

⁵⁶ Per quanto connesse fra di loro, le due teorie non sono coincidenti. Mentre, infatti, il dibattito sui diritti non scritti in Costituzione concerne, come si è sottolineato, il metodo con cui colmare i *great silences* della Costituzione e chiama in gioco la tradizione, l’originalismo guarda al testo costituzionale e si pone il problema del valore da assegnare all’intenzione del costituente nel suo adattamento alle mutate condizioni sociali e culturali. Sul tema, per una generale introduzione, si v. W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?* in 115 *Columbia Law Review* 2349 (2015); R.H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* in 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971); R.W. BENNETT, L.B. SOLUM, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca N.Y., 2011; R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as Political Practice: The Right’s Living Constitution* in 75 *Fordham Law Review* 545 (2006); A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 in *University of Cincinnati Law Review* 849 (1988); E.J. SEGALL, *Originalism as Faith*, Cambridge, 2018; K.E. WHITTINGTON, *Originalism. A Critical Introduction* in 82 *Fordham Law Review* 375 (2013).

⁵⁷ A. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit., 132 ss.

⁵⁸ *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2602.

⁵⁹ A. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit., 126 ss.

ricerca le origini storiche di un *diritto della donna di autodeterminarsi* in relazione alle scelte fondamentali della propria vita, ma guarda, all’opposto, alla storia del *divieto di praticare l’aborto*.

Infine, la sentenza induce una più ampia riflessione sul peso da ascrivere alla tradizione quando – come nel confronto tra *Dobbs* e *Roe* – possano darsi opposte ricostruzioni del dato storico. La giurisprudenza della Corte Suprema ha già in passato evidenziato la difficoltà di fondare l’interpretazione costituzionale in presenza di confliggenti letture della tradizione. Il caso *Bowers v. Hardwick*⁶⁰, ad esempio, nel concludere per la legittimità costituzionale delle leggi che punivano gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso (cd. *sodomy laws*) prese in considerazione una “*longstanding legislative tradition against homosexual conducts*”. Nel 2005, nel compiere un *overruling* di *Bowers* la Corte ritenne, invece, errate le premesse storiche della pronuncia ed osservò come “*historical references show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex*”⁶¹.

4. *Dobbs* ed il principio dello *stare decisis*

Le considerazioni in merito all’argomento principale della decisione consentono di guardare alle prospettive future sia sul piano della tutela del diritto all’aborto che degli altri diritti fondamentali.

A seguito dell’*overruling* di *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, il diritto all’aborto non è più tutelato dalla Costituzione federale degli Stati Uniti. L’opinione della maggioranza restituisce, infatti, la materia alla competenza degli Stati che potranno decidere se riconoscere tale diritto a livello costituzionale o legislativo, se introdurre limiti al suo esercizio o prevedere divieti più o meno stringenti.

Negli ultimi anni, tredici stati hanno adottato leggi fortemente restrittive – cd. *trigger laws*⁶² – pur congelandone l’applicazione. Queste leggi sono ora entrate in vigore su disposizione dei governatori statali o in base ad un atto legislativo. Alcuni stati⁶³ non hanno, invece, mai abrogato la loro legislazione in vigore prima del 1973, per cui la decisione circa la loro reviviscenza giungerà probabilmente all’esame delle corti

⁶⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

⁶¹ *Lawrence*, cit., 539 U.S., 572 (“*The historical grounds relied upon in Bowers are more complex than the majority opinion and the concurring opinion by Chief Justice Burger there indicated. They are not without doubt and, at the very least, are overstated. The Bowers Court was, of course, making the broader point that for centuries there have been powerful voices to condemn homosexual conduct as immoral, but this Court’s obligation is to define the liberty of all, not to mandate its own moral code*”).

⁶² Cd. *trigger laws* sono state approvate in Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Wyoming. Alcune di esse (come la legge del Mississippi, oggetto di *Dobbs*) vietano l’aborto dopo a15 settimane di gestazione, altre invece sanzionano penalmente l’aborto tranne nel caso in cui si renda necessario per salvare la vita della donna, mentre solo un numero limitato di esse contempla eccezioni in caso di stupro, incesto o gravi malformazioni fetali.

⁶³ Per esempio, Michigan, Wisconsin, West Virginia.

nei prossimi mesi. Altri stati⁶⁴ hanno, infine, adottato delle cd. *Heartbeat anti-abortion laws*, leggi che vietano l’aborto a partire dal momento in cui può essere rilevato il battito cardiaco del nascituro (intorno alla sesta settimana). In un’altra parte degli stati invece, l’aborto resterà legale (almeno fino alla vitalità del feto). Questo diritto è riconosciuto in genere a livello legislativo, ma ci sono stati in cui è in discussione l’adozione di una revisione costituzionale (California) o in cui le corti hanno riconosciuto tutela costituzionale al diritto all’aborto in base alla *due process clause* della costituzione statale (Illinois).

La sentenza *Dobbs* riaprirà, comunque, anche il confronto sulla ripartizione di competenze in materia tra stato federale e singoli stati. La richiamata sentenza del 2007 in *Gonzales v. Carhart*⁶⁵ aveva già sollevato la questione, poiché in quella pronuncia il Congresso aveva conseguito un’importante vittoria sul piano dell’esistenza di un «*legitimate interest*» a regolare l’aborto a livello federale⁶⁶. Tuttavia, *Dobbs* dona nuovo vigore a quella giurisprudenza in cui in passato la Corte Suprema aveva dichiarato che “il settore della tutela della salute è rimesso tradizionalmente agli Stati”, tenuto conto che sia prima che dopo *Roe v. Wade*, l’esercizio del diritto all’aborto è stato disciplinato essenzialmente a livello statale⁶⁷.

Una questione che potrà divenire oggetto di scontro di fronte alle corti è quella dell’accesso a farmaci come la cd. pillola del giorno dopo o la cd. pillola abortiva il cui utilizzo potrebbe essere dichiarato illegale negli Stati, ma la cui autorizzazione alla commercializzazione e distribuzione sono materia di competenza federale (in particolare della FDA). Il governo federale potrebbe invocare – come avvenuto in passato per altri farmaci “controversi” - la cd. *doctrine of preemption*, secondo cui in base alla *Supremacy Clause* dell’art. VI, § 2 della Costituzione federale, il diritto federale prevale su quello statale.

Il Presidente Biden ha firmato un *executive order* al fine di “proteggere l’accesso ai *Reproductive Health Care Services*, il cui reale impatto appare al momento modesto, in primo luogo perché non tocca alcune materie come la possibilità di consentire l’accesso ai territori federali – per esempio le basi militari – per garantire il diritto all’aborto, ma anche perché rimette la disciplina a future linee guida dei competenti dipartimenti e non tocca il cd. *Hyde Amendment* che, dal 1977, vieta l’utilizzo di fondi federali per finanziare l’aborto (con l’eccezione dei casi in cui si renda necessario per salvare la vita della donna o in caso di stupro o incesto).

Resta, infine, incerta la sorte di altri diritti fondamentali che la Corte Suprema ha riconosciuto nella sua giurisprudenza a partire dagli anni Sessanta basandosi sul principio del *substantive due process* del XIV Emendamento, come il diritto all’uso di contraccettivi (*Griswold v Connecticut*)⁶⁸, la tutela degli atti sessuali tra adulti

⁶⁴ Per esempio, la Georgia, l’Ohio, il South Carolina e Iowa.

⁶⁵ *Gonzales*, cit.

⁶⁶ A. SPERTI, *La Corte Suprema statunitense ed il tema dell’aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso Roe v. Wade?*, cit.

⁶⁷ *Pegram v. Herdrich*, 530 US 211 (2000), in part. 237. Sull’illegittimità di finanziamenti federali per l’aborto, nell’ambito della politica di cd. *Medicaid*, cfr. *Harris v. McRae*, 448 US 297 (1980).

⁶⁸ *Griswold*, cit., *supra* nota 11.

consenzienti dello stesso sesso (*Lawrence v Texas*)⁶⁹ ed il matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*)⁷⁰.

Il giudice Alito nella sua *opinion*, onde evitare “fraitendimenti o manipolazioni”, sottolinea che “la decisione riguarda il diritto costituzionale all’aborto e nessun altro diritto. Nessuna affermazione in questa pronuncia dovrebbe essere intesa come volta a mettere in dubbio precedenti che non riguardano l’aborto”⁷¹.

Tuttavia, non si può non osservare come *Dobbs* rimetta in discussione quegli stessi principi di diritto su cui – almeno in parte – si sono fondate altre decisioni, tanto che il giudice Thomas, nella sua *concurring opinion*, scrive che “in casi futuri, dovremo riconsiderare tutti i precedenti di questa Corte relativi al principio del *substantive due process*, inclusi *Griswold*, *Lawrence* e *Obergefell*” poiché la Corte “ha il dovere di correggere l’errore compiuto in questi precedenti”⁷². Inoltre, come ha sottolineato Balkin, “ci sono molti modi per limitare i diritti all’uso di contraccettivi, i diritti degli omosessuali e il matrimonio tra persone dello stesso sesso senza ribaltare le decisioni esistenti. I giudici possono leggere queste decisioni in modo restrittivo o rifiutarsi di estenderle in casi successivi. Possono utilizzare le clausole sulla libertà di parola o quelle sulla libertà religiosa per limitare il loro impatto”⁷³.

In questa prospettiva, occorre tener conto che *Dobbs* compie una pericolosa riscrittura del principio dello *stare decisis*: il giudice Alito dedica, infatti, particolare attenzione al tema del rispetto dei precedenti, non solo elencando in una lunghissima nota⁷⁴ tutte le pronunce in cui la Corte Suprema ha in passato compiuto un *overruling*, ma anche accogliendo quella che la dottrina definisce la *weak theory of precedent*⁷⁵, secondo cui un precedente può essere superato se fondato su un *poor reasoning*. Questa teoria è stata enunciata dal giudice Alito in una recente pronuncia (*Janus v. AFSCME*)⁷⁶ che sembra quindi il nuovo *leading case* in materia) e si contrappone alla concezione “forte” del precedente, accolta dalla Corte in *Casey*, secondo cui un precedente dovrebbe, invece, essere osservato anche se non adeguatamente motivato, purché non intervengano delle “particolari giustificazioni” che lo rendano non più applicabile. Se si considera che – come scriveva Blackstone – il principio dello *stare decisis* è parte essenziale della *rule of law*, anche questo aspetto della pronuncia costituisce un segnale preoccupante per la tenuta di altri diritti fondamentali.

⁶⁹ *Lawrence*, cit., *supra* nota 12.

⁷⁰ *Obergefell*, cit., *supra* nota 43.

⁷¹ *Dobbs*, cit, 142 S. Ct., 2277-8.

⁷² *Dobbs*, cit., 142 S. Ct., 2301.

⁷³ J. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights. Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 11 luglio 2022, <https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>.

⁷⁴ Si tratta della nota n. 48, 2263, a parere di alcuni commentatori la nota più lunga mai contenuta in una pronuncia della Corte Suprema (quasi una pagina e mezza).

⁷⁵ Per tutti, si v. T.W. MERRILL, *Originalism, Stare Decisis and the Promotion of Judicial Restraint*, 22 *Columbia Law Review* 271 (2005), 272.

⁷⁶ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ____ (2018). In base a questa pronuncia, un precedente può essere *overruled* tenuto conto dei seguenti fattori: a) *the nature of the Court’s error*; b) *the quality of the reasoning*; c) *workability*; d) *effect on other areas of law*; e) *reliance interests*.

5. Alcune osservazioni conclusive

Tra gli argomenti che il giudice Alito sviluppa in *Janus* e *Dobbs* per giustificare l’*overruling* c’è anche quello secondo cui i cittadini, nel caso di specie le donne, non hanno maturato un legittimo affidamento (*reliance*) verso *Roe* e *Casey* e che “annullare [queste pronunce] non annullerà interessi concreti di affidamento come quelli che si sviluppano in «casi che coinvolgono diritti di proprietà e contratti»⁷⁷. “Abortire è generalmente «attività non pianificata» e «la pianificazione riproduttiva potrebbe tenere conto praticamente immediatamente di qualsiasi improvviso ripristino dell’autorità statale volta a vietare gli aborti»⁷⁸. La pronuncia qualifica, quindi, come una “*more intangible form of reliance*” il fatto che le donne possano fare affidamento sul diritto all’aborto e replica a quelle che definisce “argomentazioni appassionate e contrastanti sugli effetti del diritto all’aborto sulla vita delle donne e sullo stato del feto” osservando che “il tentativo ipotetico in *Casey* di bilanciare la relativa importanza degli interessi del feto e della madre rappresenta un allontanamento dalla «originaria teoria costituzionale» secondo cui le corti non sostituiscono le loro convinzioni sociali ed economiche al giudizio degli organi legislativi”⁷⁹.

La mancanza di considerazione delle aspettative maturate dalle donne in cinquant’anni di applicazione di *Roe v. Wade*, unita alla già richiamata assenza di qualsiasi tentativo di bilanciamento con i loro diritti, all’uso strumentale del dato storico ed, infine, all’indebolimento del principio della vincolatività dei precedenti fanno, quindi, di *Dobbs* una sentenza allarmante per i diritti delle donne e delle minoranze negli Stati Uniti.

Tuttavia, *Dobbs* potrebbe esercitare un’influenza anche al di fuori degli Stati Uniti. Le corti costituzionali e supreme di tutto il mondo, sin dagli anni Settanta del secolo scorso⁸⁰, guardano, infatti, a *Roe* e *Casey* come ad un modello e, com’è ben noto, intenso è il dialogo tra le corti costituzionali soprattutto su temi eticamente sensibili⁸¹. Inoltre, sebbene il diritto all’aborto non sia codificato nelle carte internazionali dei diritti, come ha ricordato Michelle Bachelet, Commissario della Nazioni Unite per i diritti umani, dopo la pubblicazione di *Dobbs* - “l’accesso a un aborto sicuro, legale ed efficace è saldamente radicato nel diritto internazionale dei diritti umani ed è al centro dell’autonomia e della capacità delle donne e delle ragazze di fare le proprie scelte riguardo al proprio corpo e alla propria vita, libere da discriminazioni, violenze e coercizione”⁸².

⁷⁷ *Dobbs*, cit, 142 S. Ct., 2238.

⁷⁸ *Dobbs*, cit, 142 S. Ct., 2239.

⁷⁹ *Dobbs*, cit, 142 S. Ct., 2239.

⁸⁰ Si v., da ultimo, le preoccupazioni espresse dai movimenti *pro-choice* in Kenya ove la *High Court* ha recentemente riconosciuto il diritto all’aborto richiamando *Roe v. Wade*. Sul tema, N. Wadekar, *Activists in Kenya to Keep Fighting for Abortion Rights*, in *Washington Post*, 5 luglio 2022.

⁸¹ Per tutti, T. GROPLI, M.C. PONTHEAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013.

⁸² *Bachelet on US ruling on Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 24 giugno 2022, in <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/bachelet-us-ruling-dobbs-v-jackson-womens-health-organization>

Dopo aver costituito un modello per la tutela del diritto all'aborto ben oltre i confini della tradizione giuridica occidentale, gli Stati Uniti potrebbero in futuro essere chiamati a rispondere delle conseguenze di *Dobbs* in sede internazionale. La Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani ha nel recente passato condannato l'Irlanda per violazione del Patto sui diritti civili e politici per aver costretto le donne a scegliere tra proseguire una gravidanza non desiderata o recarsi in un altro stato per ottenere un aborto⁸³. Una condizione in cui si troveranno a breve, secondo alcune stime, la metà delle donne negli Stati Uniti⁸⁴.

⁸³ United Nations Human Rights Committee, *Mellet v. Ireland*, 2016; *Whelan v. Ireland*, 2017.

⁸⁴ W. CAI, T. JOHNSTON, A. MCCANN, A. SCHOENFELD WALKER, *Half of U.S. Women Risk Losing Abortion Access Without Roe*, in *The New York Times*, 7 maggio 2022.