

People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA

di Simone Penasa – 13 Luglio 2022.

1. «*Abortion presents a profound moral question. The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. Roe and Casey arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives*».

Così si chiude l'*opinion* di maggioranza redatta da J Alito nella sentenza *Dobbs*, con la quale sei giudici della Corte Suprema (cfr. le tre *concurring opinions*, sulle quali ci si soffermerà *infra*) hanno superato quanto sancito in materia di *abortion* nelle sentenze *Roe* e *Casey*. La Corte Suprema ritiene le argomentazioni utilizzate nei due precedenti richiamati «*egregiously wrong*», tanto nel ricavare dalla Costituzione un *right to abortion*, quanto nell'individuare nella *viability* del feto il criterio-soglia prima del quale gli Stati non sono legittimati a porre limitazioni al diritto della donna di interrompere la gravidanza pur al fine di assicurare protezione alla vita del feto¹.

2. Letta in modo asettico quale trattato di diritto costituzionale, e non – quale essa è – come sentenza “spartiacque” all'interno della esistenza – non solo costituzionale e istituzionale, ma anche culturale ed esistenziale – della società statunitense e della vita delle persone – le donne in particolare – che la compongono², *Dobbs* esprime in modo paradigmatico la crescente tensione dottrinale tra i diversi “poli” del costituzionalismo contemporaneo. Non è un caso, infatti, che tanto l'*opinion of the Court* quanto la *dissenting opinion* utilizzano in parallelo alcuni dei più tradizionali e consolidati *topoi* costituzionalistici, per offrirne interpretazioni irriducibilmente dicotomiche e inconciliabili: la contrapposizione tra *judicial modesty* e *judicial activism*; la titolarità della funzione di bilanciamento tra interessi (tra Corte Suprema e legislatore); l'interpretazione costituzionale tra *originalism* ed *evolutionism*; la natura e la funzione della dottrina dello *stare decisis*; la selezione degli standard di valutazione delle scelte legislative (*rationality test* o *undue burden test*); in termini complessivi, la natura e la funzione

¹ Per una recente analisi della più recente giurisprudenza della Corte Suprema, su questa *Rivista* M. Fasan, [Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense](#), 4, 2021, 4465-4478

² Per un primo commento su tale aspetto, J.L. Grossman, [The End of Roe v. Wade](#), in *VERDICT. Legal Analysis and Commentary from Justia*, 29 giugno 2022.

della Costituzione e dell'organo giurisdizionale deputato a garantirne la supremazia³.

Le due *opinions* procedono in tal senso lungo percorsi argomentativi “a specchio”, ma che vengono qualificati reciprocamente come “deformanti” rispetto alla fisiologia dell'interpretazione e della giustizia costituzionale. La portata dirompente della sentenza viene svelata anche dagli aggettivi con i quali le due componenti della Corte qualificano i rispettivi approcci. Da un lato, la maggioranza della Corte, seppur declinata in tre *concurring opinions* (J Thomas, Kavanaugh e Roberts), si riferisce a *Roe* come sentenza «*egregiously wrong from the start*», basata su argomentazioni «*exceptionally weak*» e fautrice di «*damaging consequences*»⁴; al criterio della *viability* come «*arbitrary line*» e priva di ogni significato (*concurring* di J Roberts); all'esercizio del proprio potere da parte della Corte Suprema in *Roe* quale espressione di «*raw judicial power*», che si è tradotta nella usurpazione da parte della Corte del «*power to address a question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people*» (Opinion of the Court, 44).

Dall'altro lato, nella *dissenting opinion* si utilizzano espressioni quali «*catastrophic*» per qualificare il metodo costituzionale adottato dalla maggioranza, in riferimento alla assoluta rigidità con la quale viene applicata la dottrina dell'*originalism*, rilevando come la giurisprudenza relativa al significato di libertà sia «*disciplined but not static*» (*dissenting opinion*, 29); per descrivere la *opinion* della maggioranza in *Dobbs* si utilizza l'immagine di «*loaded weapon, ready to hand for improper use (...)*», in quanto «*weakening stare decisis in a hotly contested case like this one calls into question this Court's commitment to legal principle*» (*dissenting*, 57), facendo apparire la Corte «*not restrained but aggressive, not modest but grasping*» e avendo come obiettivo l'indebolimento della rule of law («*today's decision takes aim, we fear, at the rule of law*», *Ib.*). Infine, a svelare la forse insuperabile frattura interna alla Corte, occorre sottolineare che la *dissenting opinion* – nella redazione della tradizionale formula di chiusura – omette l'avverbio «*respectfully*», sancendo in tal modo una contrapposizione che riposa, elemento questo ancor più preoccupante, prima che sul contenuto della decisione, sul metodo e l'interpretazione costituzionali adottati dalla maggioranza della Corte in *Dobbs*. In parallelo, l'*opinion* di J Alito imputa a *Roe* e *Casey* di aver privato senza alcuna giustificazione i cittadini degli Stati del potere di disciplinare, eventualmente anche proibendolo, l'aborto, utilizzando il verbo «*arrogated*», il quale – come sottolineato nei primi commenti – assume il significato di «*take without justification, implying that is done in an arrogant way*», esprimendo – quindi – nella sua peculiarità una forte carica di disapprovazione sul metodo argomentativo utilizzato dalla Corte nei precedenti richiamati.

³ Sul ruolo della Corte Suprema rispetto agli altri poteri, A. Pin, *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in *DPCE*, 1, 2021, 187-194.

⁴ E. Grande, [Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?](#), in *Questione giustizia*, 12 luglio 2022, sottolinea il «tono particolarmente insultante» di queste affermazioni.

Non appare irrilevante sottolineare, anche per evidenziare la collisione interna alla Corte che va ben oltre la decisione assunta in *Dobbs* ed è destinata a caratterizzare – al netto di eventuali riforme relative alla composizione e alla nomina della Corte – l'attività futura della medesima, che una critica speculare viene rivolta nella *dissenting opinion* alla concezione dello *stare decisis* adottata dalla maggioranza. Con particolare riferimento all'interpretazione dello standard del «*reliance interest*», che la maggioranza riconduce alla sola dimensione proprietaria, i giudici che hanno aderito alla *dissenting* utilizzano il medesimo verbo – «*the Court arrogates to itself the authority to overrule established legal principles (...)*» – per imputare alla maggioranza di avere rivendicato il potere («*radical claim to power*») di superare principi giuridici consolidati senza considerare i costi della propria decisione per le persone, come al contrario richiederebbe la dottrina dello *stare decisis* (*dissenting*, 53).

3. La sentenza esprime tre livelli di rilevanza, che sono espressi da tre concetti “chiave” del costituzionalismo: poteri, garanzie, diritti, rispetto ai quali le *opinions* della maggioranza e della minoranza si pongono da prospettive opposte, pur utilizzando i medesimi principi e istituti, come si vedrà.

3.1. Dal punto di vista dei poteri, in *Dobbs* si ritrova lo spettro dei diversi approcci teorici – e evidentemente giurisprudenziali – al rapporto tra funzione legislativa e giustizia costituzionale, tra livello della legalità, espressione delle dinamiche maggioritarie (democratico-rappresentative), e livello della legittimità, entro il quale tali dinamiche devono fisiologicamente trovare “libera” espressione. A tale livello, la contrapposizione appare evidente, venendo vividamente rappresentata dagli approcci al ruolo della Corte e, in ultima analisi, alla concezione di Costituzione che le *opinions* incarnano. Due aspetti assumono particolare rilievo: l'attribuzione del potere di bilanciare tra interessi concomitanti nell'ambito dell'aborto, da un lato; la concreta determinazione del confine tra l'azione regolatrice dei legislatori statali e la funzione di controllo della Corte Suprema, dall'altro lato.

Nella *opinion of the Court* – come anticipato – si afferma che la Corte Suprema in *Roe*, in ciò identificandosi il vizio genetico della sentenza, ha illegittimamente usurpato il popolo del potere di svolgere, attraverso i propri rappresentanti (Alito si esprime significativamente in termini di «*voters*», 31), il bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla pratica abortiva. Con *Dobbs*, quindi, la Corte Suprema ripristina – secondo la prospettiva della maggioranza – la fisiologica e costituzionalmente necessitata titolarità del «*power to weigh*» (*Opinion of the Court*, 35) ai rappresentanti eletti dal popolo, imputando alla Corte di *Roe* di essersi sostituita abusivamente a questi ultimi, mediante l'utilizzo dello schermo formale della sentenza per approvare un quadro normativo – basato sul criterio della *viability* del feto e sulla suddivisione in trimestri della gravidanza – che riproduce sostanzialmente quello tipico della fonte legislativa e si fonda su argomentazioni

che coincidono con quanto ci si aspetterebbe da un organo legislativo (Opinion of the Court, 49).

A tal riguardo occorre notare che tale approccio può apparentemente richiamare quanto sostenuto anche da altri organi giurisdizionali dotati della funzione di controllo di costituzionalità, tra cui anche la Corte costituzionale italiana, nel momento in cui si afferma che «*this Court has neither the authority nor the expertise to adjudicate those disputes*», non essendo legittimata a sostituirsi al legislatore nella valutazione di questioni di elevata complessità e rilievo morale, sociale ed economico⁵.

Tuttavia, la specificità di *Dobbs* sta nel fatto che quest'ultima non si limita a ricondurre all'alveo del potere legislativo la funzione di determinare il bilanciamento degli interessi in gioco, comprimendo di conseguenza l'ampiezza e la profondità dello scrutinio operabile dalla Corte (*dallo strict scrutiny di Roe al più debole standard del rational basis test*). Ma *Dobbs* arriva fino a eliminare dal bilanciamento, escludendone la natura costituzionale, il *right to abortion* della donna, che viene a perdere la centralità assunta a partire da *Roe*. Tale scelta, che la maggioranza fonda – come si vedrà subito *infra* – su una rigida applicazione della dottrina originalista⁶, viene significativamente definita drammatica da parte di J Roberts (concurring, 5), che ne sottolinea la natura non necessaria anche alla luce del *petitum* che sta alla base della questione⁷. *Dobbs*, quindi, ha come esito non solo quello di riconsegnare ai rappresentanti eletti dal popolo il potere di disciplinare la materia dell'*abortion*, risultato conseguibile limitandosi a superare il criterio della *viability* come limite uniforme fissato per tutti i legislatori statali (Opinion of the Court, 53 e concurring di J Roberts); ma finisce con lo strappare alle donne («*wrenches*», dissenting, 52) la titolarità del diritto di decidere se proseguire una gravidanza, attribuendo agli Stati il potere di riconoscere questo diritto alle donne (Ib.).

Pertanto, *Dobbs* ridefinisce, riducendolo ben al di sotto del nucleo essenziale del diritto (che fino ad oggi poteva essere identificato nella operatività del criterio della *viability*), il perimetro dello spazio di libertà, all'interno del quale una persona ha la capacità di compiere scelte riproduttive libere dal controllo dell'autorità statale (dissenting, 52).

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. In tale prospettiva, la distanza non può essere più ampia e apparentemente inconciliabile. Entrambe le *opinions*, infatti, si imputano reciprocamente il vizio di un “cattivo”

⁵ «(...) courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies», Opinion of the Court, 65.

⁶ Anche se J. Balkin, *More on Text, History, and Tradition - Discussion Questions for Dobbs, Part One*, in *Balkinization*, 8 luglio 2022, distingue in tal senso originalism e traditionalism, ritenendo che la Corte in *Dobbs* abbia applicato la seconda dottrina.

⁷ Sulla posizione di J Roberts nelle più recenti sentenze in materia, M.C. Errigo, *The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act*, in *Consulta Online*, 3, 2021, 1046; L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3, 2020, 4462 ss.

esercizio dei poteri argomentativi della Corte, evocando un esercizio di «*raw judicial power*» che ha condotto la Corte in *Roe* ad attribuirsi in modo abusivo «*the authority to regulate*» (opinion of the Court) e, specularmente, imputando a *Dobbs* di avere sostituito «*the rule of law*» con «*a rule by judges*» (dissenting, 33).

Alla base, emerge una diversa concezione della neutralità della Costituzione. Nella *concurring opinion* di J Kavanaugh, si afferma che la Costituzione è «*neutral*» in materia di *abortion*, non potendo essere qualificata «*neither pro-life nor pro-choice*» (concurring, 2): la disciplina di tale ambito è quindi riservata al popolo e ai suoi rappresentanti attraverso il processo democratico a livello statale o federale e di conseguenza «*nine unelected Members of this Court do not possess the constitutional authority to override the democratic process and to decree either a pro-life or a pro-choice abortion policy for all 330 million people in the United States*» (concurring, 38). Al contrario, la *dissenting opinion* ricostruisce in modo alternativo l'idea di neutralità costituzionale, spostando la prospettiva dalla titolarità del potere di regolare alla effettività delle garanzie della persona nei confronti delle autorità statali. Da tale angolo visuale, «*the Court does not act “neutrally” when it leaves everything up to the States*», ma piuttosto «*(...) when it protects the right against all comers*» (dissenting, 20). In tale contrapposizione è rinvenibile una diversa concezione del rapporto tra legalità e legittimità, e in particolare dello spazio di autonomia personale, destinato fisiologicamente a evolvere e comunque mutare nel corso del tempo, che la Costituzione pone al di fuori della disponibilità della maggioranza⁹.

Viene recuperata l'idea di Costituzione come limite al potere e garanzia dei diritti delle persone, dalla quale deve essere garantito «*(...) a realm of personal liberty which the government may not enter*» – *especially relating to “bodily integrity” and “family life”*» (dissenting, 19, citando *Casey*). Questa idea di Costituzione viene superata in modo inequivocabile dalla *opinion of the Court*, la quale finisce per ridurre al minimo la tradizionale funzione contro-maggioritaria del controllo di costituzionalità, da un lato, e per ricondurre le garanzie dell'autonomia della persona davanti all'azione del potere in modo pressochè esclusivo ai meccanismi tipici del circuito democratico-rappresentativo, dall'altro.

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 (dissenting, 15-16¹⁰).

Dobbs rescinde quindi la relazione diretta esistente tra autodeterminazione individuale e Costituzione, che era stata stabilita a partire da *Roe*, facendo prevalere in modo potenzialmente assoluto l'interesse degli Stati a disciplinare la materia in

⁸ Si riferisce all'idea di «The Kavanaugh Court», V.D. Amar, [The Kavanaugh Court?](#), in *VERDICT*, 5 luglio 2022.

⁹ «*we believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule*», dissenting, 7.

¹⁰ Sulle diverse letture dell'*originalism*, L.P. Vannoni, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *DPCE*, 2, 2021, 499-508.

modo autonomo, finendo per indebolire la protezione assicurata in tale ambito alle donne. A queste ultime, in tale nuovo scenario, non resta – in quanto «*voters*» – che «*to seek to affect the legislative process by influencing public opinion, lobbying legislators, voting, and running for office*» (Opinion of the Court, 65). L'autonomia personale e il diritto di decidere della donna, la cui natura costituzionale riconosciuta a partire da *Roe* ha contribuito a “situarla” in relazione agli altri e al potere (dissenting, 52), vengono ridotte – svilite – a oggetto di decisione maggioritaria puramente discrezionale, priva di limiti di natura costituzionale, se non quello della manifesta irrazionalità (*rational basis test*): uno spazio di autonomia personale costituzionalmente garantito, ma non illimitato, nei confronti dell'intervento eteronomo del potere pubblico, viene di conseguenza convertito in una questione politica rimessa alla libera disponibilità, pressochè illimitata, di tale potere.

3.2. Gli approcci “a binari paralleli” lungo i quali procedono maggioranza e minoranza della Corte in *Dobbs* emergono anche a livello di interpretazione costituzionale, più precisamente nella concezione e applicazione di istituti quali lo *stare decisis* e la selezione degli standard da adottare¹¹. L'approccio all'*overruling* di *Roe* rappresenta il vero snodo argomentativo che consente alla maggioranza della Corte Suprema di varcarne la soglia e rivoluzionare – negandolo – il rapporto di derivazione tra Costituzione e *right to abortion*. La fedeltà alla propria giurisprudenza consolidata non rappresenta, secondo J Alito, «*an inexorable command*» e non può costringere la Corte al rispetto perenne di un precedente – *Roe* – che viene definito come espressione di «*abuse of judicial authority*» (Syllabus, 6¹²). A tale livello è identificabile un secondo snodo argomentativo, davanti al quale la maggioranza, una volta definito «*exceptionally weak*» il *reasoning* di *Roe*, decide di percorrere la via dell'*overruling* non solo nei confronti del criterio della *viability*, che identificava il termine fino al quale lo Stato non può intervenire in modo indebito sulla libertà di scelta della donna, ma anche – come anticipato – del *right to abortion*, negandone – sulla base di una applicazione rigida dell'*originalism*¹³ – la copertura costituzionale.

La valutazione dell'interesse della donna ad abortire compiuta nella *opinion of majority* non è che la “logica” conseguenza dell'approccio assunto in termini di interpretazione costituzionale e di allocazione del potere di bilanciare, che viene attribuito in via esclusiva – fatto salvo il rispetto della non manifesta irrazionalità delle scelte – ai rappresentanti eletti dal popolo nei diversi Stati. La concezione di

¹¹ G. Romeo, [The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency](#), in *DPCE online*, 1, 2021, 973-988.

¹² Ricorda ancora G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Giappichelli, 2020, 206-207, che «Dal punto di vista degli studiosi inclini a una lettura dell'*original intent*, infatti, l'interpretazione della Costituzione, realizzata secondo questa modalità, deve sempre prevalere sui precedenti o, almeno, su quelli che costituiscono “cattive decisioni” (o, per meglio dire, *bad laws*) per il fatto di essere esempi di attivismo giudiziale e di assenza di radicamento della soluzione nel testo costituzionale (*non-originalist precedents*)».

¹³ Una applicazione cavillosa, secondo la *dissenting*, nella quale si parla di un «*cavalier's approach to overturning this Court's precedents*» (5).

libertà e del rapporto tra persona e potere rappresenta il crinale lungo il quale la frattura all'interno della Corte si manifesta, conducendo la maggioranza sul versante della negazione della derivazione costituzionale del diritto all'aborto.

3.3. In riferimento alla natura del diritto in questione, J Alito esclude che si possano rinvenire radici profondamente attecchite nella storia e tradizione della Nazione dell'esistenza di un diritto costituzionale all'*abortion*¹⁴. Anche rispetto alla concezione e all'applicazione di tale criterio le rotte delle due *opinions* divergono in modo irrimediabile.

L'*opinion* della maggioranza esclude che tale radicamento sia rinvenibile da una lettura delle fonti storiche di natura normativa, giurisprudenziale o dottrinale (32 ss.¹⁵), ritenendo che il *right to abortion* quale «*integral part of a broader entrenched right*» (che, come noto, viene individuato in *Roe* nel *right to privacy* e nella «*freedom to make "intimate and personal choices" that are "central to personal dignity and autonomy"*» in *Casey*) debba essere considerato quale espressione di libertà personale, ma non possa integrare il concetto di «*ordered liberty*», al quale la dottrina del *substantive due process clause* subordina la possibilità di ricavare per via interpretativa *unenumerated rights* dal XIV Emendamento¹⁶.

La determinazione in concreto del bilanciamento tra gli interessi di una donna che desidera abortire e gli interessi di quella che in *Roe* viene definita «*potential life*» non può spettare alla Corte (35), perché ciò comporterebbe l'esercizio abusivo di potere giurisdizionale, ma deve essere restituito ai rappresentanti eletti dal popolo, i soli legittimati a decidere come l'*abortion* debba essere disciplinato¹⁷.

Il *constitutional right to abortion* viene quindi degradato a "interesse" della donna, con il risultato di eliminare la garanzia di una tutela minima uniforme assicurata fino a *Dobbs* dal criterio della *viability*, da un lato, e di legittimare il ribaltamento per via legislativa del verso del bilanciamento che la Corte *Roe* ha cristallizzato in *Roe*. A partire da *Dobbs*, la discrezionalità politica dei legislatori statali (e di quello federale, cfr. la *concurring opinion* di J Kavanaugh) è destinata a non incontrare più il limite invalicabile, seppur diversamente declinabile a livello legislativo, della *viability* dal punto di vista fattuale e dell'*undue burden* dal punto di vista sostanziale. Una siffatta inversione è destinata a produrre, secondo la *dissenting opinion*, una immensa perdita di «*power, control, and dignity*» per la donna, finendo con l'alterare l'immagine di sé e del proprio ruolo nella società in quanto

¹⁴ Rilevano criticamente J.L. Grossman e L.M. Friedman, [To Be or Not to Be a Mother: A Timeless Question with New Urgency](#), in *VERDICT*, 6 luglio 2022, che «*This may be true; but is obviously irrelevant. (...) Modern civil rights law is precisely a rejection of the main line of American history*».

¹⁵ M.C. Dorf, [Dobbs Double-Cross: How Justice Alito Misused Pro-Choice Scholars' Work](#), in *VERDICT*, 6 luglio 2022, "smonta" i richiami dottrinali effettuati da J Alito.

¹⁶ Cfr. M. Grothouse, *Implicit in The Concept of Ordered Liberty: How Obergefell v. Hodges Illuminates the Modern Substantive Due Process Debate*, in *The John Marshall Law Review*, 2016, 49, 1021ss.; D. O. Conkle, [Three Theories of Substantive Due Process](#), in *North California Law Review*, 85, 2003, 63 ss.

¹⁷ «*Our Nation's historical understanding of ordered liberty does not prevent the people's elected representatives from deciding how abortion should be regulated*», 31.

persona titolare della dignità e del potere di assumere autonomamente la decisione di continuare o meno una gravidanza (dissenting, 52). Con *Dobbs* la Corte Suprema ha sfilato il diritto a compiere scelte libere da oneri eccessivi in materia di *abortion* da quel tessuto costituzionale («*constitutional fabric*», dissenting, 5) che tutela l'autonomia decisionale sulle scelte più personali della vita; e lo ha fatto individuando nell'effetto di distruggere un «*unborn human being*» (Opinion of the Court, 32), derivante dalla scelta della donna di porre fine a una gravidanza, il criterio distintivo rispetto agli altri *unenumerated rights* che la giurisprudenza della Corte Suprema ha progressivamente ricavato dal XIV emendamento (38¹⁸).

Questa distinzione consente alla maggioranza di chiarire come non sia prefigurabile una estensione dell'*overruling* operato in *Dobbs* ad altri precedenti che non riguardino l'aborto, frenando un potenziale effetto “domino” che potrebbe riguardare altri diritti ricavati sulla base della *substantive Due Process Clause*. Tuttavia, come peraltro sottolineato dalla *dissenting*, tale deriva non può essere esclusa in modo assoluto, tenuto conto anche di quanto affermato – forse preconizzato – da J Thomas, il quale, negando che la *Due Process Clause* garantisca diritti di natura sostanziale (concurring, 2), afferma esplicitamente che la Corte in futuro «*should reconsider all of this Court's substantive due process precedents*», sulla base del presupposto che «*any substantive due process decision is “demonstrably erroneous”*» (concurring, 3¹⁹).

Di conseguenza, la Corte avrà – secondo J Thomas – il dovere di correggere gli errori compiuti in altri precedenti, individuando espressamente come “target” decisioni quali *Griswold*, *Lawrence* e *Obergefell*. Come criticamente, ma realisticamente, sottolineato dalla *dissenting opinion*, la *concurring* di J Thomas esprime la volontà – almeno di un giudice – di «*use the ticket of today's decision again and again and again*» (dissenting, 26). Inoltre, la stessa concezione rigidamente originalista della Costituzione adottata in *Dobbs* spingerebbe verso una progressiva revisione dei precedenti evocati, dal momento che – come notato dalla *dissenting* – oltre a non tutelare l'autodeterminazione della donna in riferimento all'aborto, nel diciannovesimo secolo non veniva garantito nemmeno il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso sancito in *Obergefell*. Quindi, se si prendono sul serio le argomentazioni di *Dobbs* sulla natura (non) costituzionale del diritto all'*abortion* e sulla titolarità esclusiva degli Stati del potere di regolarne l'esercizio, allora «*(...) all those decisions were wrong, and all those matters properly belong to the States too—whatever the particular state interests involved*» (dissenting, 27²⁰).

¹⁸ J. Balkin, [Getting Rid of Fundamental Rights -- Discussion Questions for Dobbs, Part Three](#), in *Balkanization*, 11 luglio 2022, analizza criticamente gli elementi che distinguerebbero *Dobbs*.

¹⁹ Prima della sentenza *Dobbs*, S. Mancini, [False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights](#), in *DPCE online*, 1, 2021, 1102, utilizza l'efficace immagine dei «*reproductive rights as a “canary in the coal mine” of liberalism*».

²⁰ Per un'analisi critica dell'impatto di *Dobbs* su altri diritti derivati dalla Costituzione, J. May, [Justice Alito's Opinion on Abortion: Not Just a Threat to Reproductive Rights, but to All Constitutional Liberties Not Expressly Set Out in the Constitution](#), in *Verdict*, 14 giugno 2022.

4. Pur escludendone un'attuazione automaticamente proibizionista (cfr. la *concurring* di J Kavanaugh), l'abbattimento degli argini alla discrezionalità politica eretti in materia attraverso l'attribuzione di natura costituzionale al *right to abortion* (la *dissenting* parla di "scudo" contro la volontà della maggioranza, 32) può innescare legislazioni statali che, in forza della volontà della maggioranza politica, facciano prevalere l'interesse dello Stato alla tutela della vita fetale sull'interesse della donna al controllo sul proprio corpo e sul proprio percorso esistenziale, non più garantito a livello costituzionale (*dissenting*, 12²¹). Di fronte a una legislazione statale che proibisca in modo assoluto l'accesso all'*abortion*, la Corte Suprema potrà svolgere a partire da *Dobbs* uno scrutinio meramente debole, avendo la degradazione del diritto a mero interesse comportato il corrispondente indebolimento dello standard applicabile (dall'*undue burden* al *rational basis test*). Recise le radici che lo connettevano al XIV Emendamento, il diritto all'*abortion* cede di fronte, prima che all'interesse alla tutela della vita fetale, al potere degli Stati di esercitare il controllo su una delle scelte più intime e personali che una donna possa compiere (*dissenting*, 52).

Dobbs non è un trattato di diritto costituzionale, anche se sarà utilizzato negli anni a venire nelle aule di Giurisprudenza di tutto il mondo. *Dobbs* è destinata a incidere sui corpi e sulle biografie di milioni di donne che vivono negli Stati Uniti, avendo spostato l'asse del sistema costituzionale di tutela dei diritti dalla persona allo Stato, e al potere che da esso è esercitato. Si tratta di una rivoluzione "anti-copernicana", i cui effetti restauratori e costi normativi e umani si potranno misurare in termini di riforme legislative introdotte a livello statale o federale, avendo aperto la porta a una potenziale divisione tra legislatori "pro life" e "pro choice"²²; di evoluzione della futura giurisprudenza della Corte Suprema, nel caso in cui sia chiamata a pronunciarsi su precedenti quali *Obergefell* o *Griswold*; e infine, di livello di conflitto e contrapposizione che la sentenza in esame è destinata inevitabilmente a provocare, oltre che di impatto sulla pratica abortiva.

²¹ Cfr. i dati del Guttmacher Institute, [13 States Have Abortion Trigger Bans—Here's What Happens When Roe Is Overturned](#), 6 giugno 2022.

²² Cfr. il recente *Executive Order Protecting Access to Reproductive Health Care Services*, emanato dal Presidente Biden.