



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. III

(ESTRATTO)

MARIA CHIARA ERRIGO

THE MOST DANGEROUS BRANCH?

LA CORTE SUPREMA E IL *TEXAS HEARTBEAT ACT*

21 DICEMBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Maria Chiara Errigo

*The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act**

ABSTRACT: *The paper regards the protection of the right to abortion in the United States. Particularly, the contribution focuses on the latest Texas legislation (Texas Heartbeat Act, S.B. 8), in relation to the precedents of Roe v. Wade (1973) and Planned Parenthood v. Casey (1992), and on the role played by the Supreme Court to consider the Texas law and, more broadly, to guarantee the constitutional right to abortion in USA.*

SOMMARIO: 1. Un sistema ‘fragile’. – 2. La Corte Suprema e il *Texas Heartbeat Act*. – 3. Fra tutela dei diritti e orientamento politico. – 4. Una questione ancora aperta.

1. *Un sistema ‘fragile’.*

La decisione sul caso *Roe v. Wade*, attraverso la quale è stato possibile riconoscere e affermare il diritto di aborto, fornendone un proprio inquadramento a livello costituzionale, continua ad essere attraversata da tensioni culturali e politiche, tali da porre in discussione il sistema di garanzie precedentemente individuato¹.

La questione dell’aborto, e delle sue declinazioni operative, rappresenta, in generale, un tema problematico e fortemente divisivo. Negli Stati Uniti, il dibattito sembra essersi ormai completamente polarizzato, rendendo sempre più precario quell’equilibrio che si era raggiunto – non senza difficoltà – con il caso di *Roe v. Wade*, (1973), e poi nuovamente assestatosi con la pronuncia *Planned Parenthood v. Casey* (1992).

In particolare, con la sentenza del 1973, sono state dichiarate illegittime tutte quelle normative che, come quella texana, oggetto dell’impugnazione, vietavano l’accesso all’interruzione di gravidanza, delineando un nuovo ‘approccio’ al tema. A partire da *Roe v. Wade*, l’aborto, dunque, non solo non è più un reato, ma diventa un fatto privato², una scelta della donna, che trova la propria legittimazione costituzionale nel quadro di tutela del diritto alla privacy (secondo l’opinione di maggioranza della Corte “[t]his right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, [...] is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy [...]”, Opinion of the Court, *Roe v. Wade*, 153)³. Non si tratta, però, di una libertà ‘assoluta’; essa deve confrontarsi con l’interesse dello Stato a tutelare la vita potenziale e la salute del feto. In questo senso, la Corte Suprema elabora, in quella sede, il cosiddetto *trimester framework*, prevedendo un intervento progressivo dello Stato, con l’evolversi della gravidanza: se nel corso del primo trimestre, la scelta di abortire è nella piena

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Sul punto, si veda S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell’America di Trump*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, n. 2.

² La tutela della *privacy* è estesa anche alla relazione medico-paziente, attraverso la quale le due ‘parti’ devono essere in grado di individuare la soluzione di cura preferibile, alla luce dell’esigenze di tutela della salute della donna. In questo senso, la decisione stabilisce che “[...] for the period of pregnancy prior to this “compelling” point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient’s pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State [...]” (*Roe v. Wade*, 163). Il momento della ‘consultazione’, della riflessione tra medico e paziente ricorre in vari punti della sentenza, specificandone l’importanza e il carattere ‘privato’ di questa relazione, rispetto alla quale nemmeno l’interesse dello Stato a proteggere la vita potenziale “[...] justified broad limitations on the reasons for which a physician and his pregnant patient might decide that she should have an abortion in the early stages of pregnancy” (*Roe v. Wade*, 156).

³ In relazione all’affermazione del diritto di *privacy*, cfr. S. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4, n. 5, il cui riferimento è soprattutto alla tutela dei dati personali rispetto alla stampa e ai mezzi di comunicazione in generale. Il diritto di *privacy* conosce poi una forte estensione andando a ricomprendere anche scelte di libertà procreativa della coppia, in tema di contraccezione (c.d. “*marital privacy*”), cfr. *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965).

discrezionalità della donna, risulta possibile solo a determinate condizioni di salute nel secondo, fino ad arrivare al momento di ‘*viability*’ del feto, in cui l’aborto sarebbe accessibile soltanto in caso di pericolo di vita della gestante⁴.

Tuttavia, il ‘bilanciamento’ elaborato con *Roe v. Wade* non è mai stato del tutto ‘metabolizzato’ all’interno del tessuto sociopolitico americano, con varie controversie, arrivate fino alla Corte Suprema, nell’intento di ridimensionare il quadro di tutele così articolato⁵. È soltanto nel 1992, però, con la pronuncia sul caso *Planned Parenthood v. Casey*, che gli equilibri delineati con *Roe* subiscono un cambiamento concreto: la Corte Suprema, pur riaffermando il precedente storico del 1973, interviene modificando alcuni tratti caratterizzanti della decisione, determinando l’abbandono del cosiddetto *trimester framework* e l’introduzione del canone dell’*undue burden*, in base al quale le discipline statali in tema di aborto risultano legittime soltanto laddove non si traducano in un ostacolo ingiustificato all’esercizio della libertà decisionale della donna. La sentenza, pur non sovvertendo quanto affermato con *Roe*, è stata ritenuta, però, anche molto ‘ambigua’, in quanto ha introdotto un criterio più flessibile e ‘sfuggente’, creando le condizioni per l’entrata in vigore di discipline più rigide e potenzialmente limitative della libertà di scelta della donna⁶.

Il tema dell’aborto, dunque, è stato (e continua ad essere) terreno di forte scontro politico, con costanti tentativi di revisione della normativa vigente da parte del ramo più conservatore⁷. Si pensi, ad esempio, ai più recenti casi, come *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* (2016), *June medical service v. Russo* (2020), nell’ambito dei quali le normative proposte (poi dichiarate illegittime dalla Corte Suprema) non introducevano un divieto in sé, ma limitazioni ‘indirette’, che, tuttavia, avrebbero poi reso di fatto molto più difficoltoso l’accesso alle procedure di interruzione volontaria di gravidanza⁸.

⁴ “A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment: (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).

⁵ Cfr., ad esempio, *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 US 416 (1983), nell’ambito del quale l’ordinanza emessa dal Comune di Akron in Ohio, volta a regolamentare le procedure di aborto nel secondo trimestre, forniva una serie di prescrizioni che finivano per tradursi in meccanismi dissuasivi finalizzati ad ostacolare le scelte della gestante; o, ancora, cfr. *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989), il cui esito mostra come gli equilibri, anche all’interno della Corte, sulle questione dell’aborto fossero effettivamente fragili. In questo caso, la Corte fa ‘salva’ la legge del Missouri che introduceva una serie di limitazioni all’esercizio del diritto di aborto, affermando, tuttavia, di non mettere in discussione quanto stabilito dal precedente *Roe v. Wade*, nelle sue parti ‘essenziali’.

⁶ Il criterio dell’*undue burden* (c.d. onere eccessivo) comporta una maggiore flessibilità nella valutazione della legittimità costituzionale delle normative in tema di aborto, le quali non potevano, in alcun modo, comportare un peso ‘ingiustificato’, che potessero ostacolare in via indiretta o comunque rendere maggiormente difficoltoso l’accesso all’interruzione volontaria di gravidanza. La sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992 ha rappresentato comunque l’affermazione di nuove modalità di bilanciamento rispetto a quanto deciso con *Roe v. Wade*. Sul punto, si veda, V. BARSOTTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la questione dell’aborto: verso una nuova maggioranza?* in *Il Foro italiano*, 1992, n. 12; A. RIZZIERI, *L’aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, n. 3.

⁷ Seppure il bilanciamento operato nel 1973 abbia subito espressamente, soltanto con *Casey*, una parziale *overrule*, nel corso tempo si è assistito ad una progressiva erosione del perimetro di quella libertà affermata con *Roe*, cfr., ad esempio, il caso *Gonzales v. Carhart* 550 US 124 (2007), in cui la Corte affermò la legittimità costituzionale del cosiddetto *Partial-Birth Abortion Act*, il quale vietava l’utilizzo di una particolare tecnica abortiva, impiegata dal personale medico dopo il primo trimestre. Sul punto si veda, in particolare, il commento di A. SPERTI, *sentenza 18 aprile 2007; Pres. Roberts; Gonzales v. Carhart et al.; Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America et al.*, in *Il Foro Italiano*, 2007, vol. 130, nn. 7/8.

⁸ Si fa riferimento alle recenti decisioni *Whole Woman’s Health et al. v. Hellerstedt* 579 US (2016), relativa ad una disciplina del Texas, e *June Medical Services v. Russo* 591 U.S. (2020), concernente una normativa del Louisiana. In entrambi i casi, le normative hanno riguardato l’entrata in vigore dei cosiddetti *active admitting privileges*, una sorta di

Se, però, fino ad ora la Corte Suprema era riuscita a ‘contenere’ queste azioni e a preservare il tenore costituzionale del diritto di scelta della donna di accedere o meno alle operazioni di aborto, oggi questo equilibrio sembra aver raggiunto un punto di rottura. Il primo settembre 2021, infatti, lo Stato del Texas ha sancito l’entrata in vigore del cosiddetto “*Heartbeat Act*” in base al quale, le procedure di aborto risultano possibili soltanto entro le prime 6 settimane dall’inizio della gravidanza, momento a partire dal quale è solitamente possibile rintracciare l’attività cardiaca del feto. La normativa si traduce in un divieto *de facto* all’accesso all’aborto (basti pensare che l’interruzione di gravidanza non è consentita nemmeno nei casi di stupro e incesto); il limite temporale fissato dalla legge in esame è troppo ‘breve’ e interviene troppo ‘presto’, quando ancora la donna, molto spesso, non ha avuto tempo di rendersi conto della gravidanza in corso (l’inizio della gestazione viene convenzionalmente individuato nel primo giorno dell’ultimo ciclo mestruale). Se, dunque, nel 1973 si affermava che l’art. 1196 del codice penale texano “[...]in restricting legal abortions to those procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother” sweeps too broadly. The statute makes no distinction between abortions performed early in pregnancy and those performed later, and it limits to a single reason, “saving” the mother’s life, the legal justification for the procedure. The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here [...]” (Roe v. Wade 410 US 113 1973), la nuova legge sembra far rivivere, nella sostanza, quanto previsto precedentemente, consentendo, di fatto, la possibilità di accedere all’aborto soltanto in caso di emergenza medica e di tutela della salute della donna.

Oltre a ciò, la normativa riconosce ai singoli cittadini una sorta di potere di attuazione ‘diffuso’, attribuendo agli stessi la facoltà di agire in giudizio contro chiunque esegua o comunque faciliti le procedure di aborto, in violazione dei limiti fissati dalla legge medesima. A tal fine, è stato inserito anche una sorta di meccanismo, per così dire, incentivante, in base al quale il cittadino che fa causa può ottenere, in caso di vittoria, una somma, a titolo di risarcimento, pari almeno a 10.000 dollari, mentre, in caso contrario, risulta comunque esentato dal pagamento delle spese processuali⁹.

La legge texana era stata inizialmente impugnata davanti alla Corte distrettuale federale a luglio 2021 nel tentativo di bloccare l’entrata in vigore, e, a seguito del diniego ottenuto in questa sede, era stato fatto ricorso anche davanti alla Corte d’Appello del 5^o circuito, approdando, infine, alla Corte Suprema, che ha respinto tale richiesta, sulla base di motivi di carattere processuale, senza pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa. La decisione di non bloccare fin da subito la sua entrata in vigore è, probabilmente, anche il risultato di un nuovo ‘assetto’ della Corte Suprema (caratterizzato da una forte ‘pendenza’ verso il piano conservatore), che fa riflettere sul confine (a volte, labile) fra politica e diritto.

requisito necessario che attribuiva ai medici la possibilità di ricoverare le pazienti, in caso di complicazioni, presso determinate strutture ospedaliere, e, dunque, poter svolgere eventuali esami diagnostici o ulteriori operazioni chirurgiche. Secondo la legge, avrebbero potuto godere di questi ‘privilegi’, quei medici che fossero stati ritenuti “*a member in good standing*”, ossia ‘membri in piena regola’, senza aggiungere ulteriori elementi utili a definire questa condizione. Di fatto, le nuove regole avrebbero creato forti limitazioni in termini di fruizione dei servizi sanitari, traducendosi in un “ostacolo ingiustificato” all’esercizio della libertà decisionale della donna. Con riguardo ai casi indicati, si veda, in particolare, M. GOODWIN, *A Whole Woman’s Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, 2017, Vol. 25, n. 2; A. BARAGGIA, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all’aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, n. 1; E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a “Whole Woman’s Health et al. v. Hellerstedt”*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016; L. PELUCCHINI, *De similibus idem est iudicium: la Corte Suprema statunitense sull’incostituzionalità della legge della Louisiana in materia di aborto*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2020; L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema torna sull’aborto*, in *DPCE Online*, 2020; G. BORCHELT, *When a ‘win’ is not a win*, in *Scotus Blog*, testo disponibile alla pagina: <https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-june-medical-services-v-russo-when-a-win-is-not-a-win/>.

⁹ “[...] If a claimant prevails in an action brought under this section, the court shall award: (1) A injunctive relief sufficient to prevent the defendant from violating this chapter or engaging in acts that aid or abet violations of this chapter; (2) A statutory damages in an amount of not less than \$10,000 for each abortion that the defendant performed or induced in violation of this chapter, and for each abortion performed or induced in violation of this chapter that the defendant aided or abetted [...]”, Texas Heartbeat Act, section 178.208.

2. La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act

La decisione della Corte in merito al caso del [*Texas Heartbeat Act \(Whole Woman's Health v. Jackson 594 U. S. 2021, docket no. 21A24\)*](#), dunque, sembra essere uno ‘specchio’ degli equilibri politici americani, restituendo l’immagine di una società profondamente divisa (4 le opinioni dissenzienti, fra cui anche quella del *Chief Justice Roberts*).

A seguito del ricorso presentato il 30 agosto 2021, quale ultimo estremo tentativo per bloccare la normativa texana, la Corte Suprema è rimasta in silenzio, intervenendo soltanto 24 ore dopo l’entrata in vigore della legge impugnata, con un breve *unsigned order*, che ha confermato il rigetto del ricorso d’urgenza precedentemente formulato. I giudici hanno sottolineato come la decisione non verta sulla costituzionalità della legge impugnata, che ben potrà essere oggetto di altri giudizi, ma riguardi soprattutto aspetti formali. In particolare, secondo l’opinione di maggioranza, proprio il carattere della normativa, che attribuisce a ciascun cittadino la possibilità di agire in giudizio per ‘denunciare’ le pratiche di aborto impedirebbe di individuare nello Stato (e dunque, nei rappresentanti statali) i soggetti primi deputati a rendere operativa la nuova legge. Il legislatore texano, al fine di sfuggire ad eventuali possibili pronunce di incostituzionalità, ha ideato uno schema normativo ‘diverso’, che formalmente sembra mantenere ‘lontana’ l’ingerenza dello Stato, affidando al singolo l’esercizio del potere di supervisionare la corretta applicazione della nuova legge. In questo senso, l’impugnazione della normativa contro i rappresentanti dello Stato potrebbe non essere del tutto esatta, proprio in quanto l’attuazione concreta della stessa è demandata direttamente ai cittadini¹⁰. Sembrerebbe un paradosso, e in effetti, come sottolinea il *Chief Justice Roberts*, il modello normativo considerato non è semplicemente inusuale, ma “unprecedented”. Delegando al singolo l’attuazione della legge, l’obiettivo sembra quello di “*insulate the State from responsibility for implementing and enforcing the regulatory regime*”¹¹. Il giudice, nella propria *dissenting opinion*, richiama questo particolare aspetto, affermando che, in forza della novità della questione e della portata del tema, sarebbe stato più opportuno sospendere l’entrata in vigore della normativa impugnata e lasciare alle Corti lo spazio per comprendere se uno Stato possa effettivamente eludere la propria responsabilità attraverso meccanismi di questo tipo¹². In questo senso, si collocano anche le altre *dissenting opinion*; in particolare, appaiono emblematiche le parole della Giudice Sotomayor, la quale ha definito la decisione come “*stunning*”, aggiungendo che l’impostazione della nuova legge è “*unteneable*” e configura un vero e proprio atto di sfida nei confronti della Costituzione, dei precedenti della Corte e del diritto della donna ad accedere alle procedure di aborto.

Pare interessante notare come la Corte Suprema avesse già affermato nell’ambito di un precedente giudizio, in tema di aborto, che “[*the*] State cannot delegate [...] a veto power which the state itself is absolutely and totally prohibited from exercising during the first trimester of pregnancy. [...] the State cannot delegate authority to any particular person [...] to prevent abortion during that same period”¹³. Il caso richiamato, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* del 1976, può

¹⁰ Come sottolinea nella sua *dissenting opinion* la Giudice Sotomayor, “*To circumvent it, the Legislature took the extraordinary step of enlisting private citizens to do what the State could not. The Act authorizes any private citizen to file a lawsuit against any person who provides an abortion in violation of the Act, “aids or abets” such an abortion (including by paying for it) regardless of whether they know the abortion is prohibited under the Act, or even intends to engage in such conduct*”.

¹¹ [*Whole Women's Health v. Jackson*](#), Justice Roberts dissenting opinion.

¹² “[...] *The State defendants argue that they cannot be restrained from enforcing their rules because they do not enforce them in the first place. I would grant preliminary relief to preserve the status quo ante—before the law went into effect—so that the courts may consider whether a state can avoid responsibility for its laws in such a manner [...]*”, *Whole Women's Health v. Jackson*, Justice Roberts dissenting opinion.

¹³ Il caso di riferimento è *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52 (1976) richiamato nella *dissenting opinion* del Giudice Breyer, il quale mostra, in questo modo, come invece la normativa texana stia realizzando proprio il contrario di quanto rimarcato in quella precedente decisione, delegando di fatto ad ogni privato cittadino la possibilità di intervenire sulle procedure di aborto già durante il primo trimestre (“*I recognize that Texas's law delegates the State's power to prevent abortions not to one person (such as a district attorney) or to a few persons (such as a group*

essere considerato una sorta di ‘corollario’ della *Roe v. Wade*, attraverso il quale la Corte riafferma la libertà decisionale della donna, rimarcando il carattere ‘privato’ di questa scelta (in quella sede la Corte aveva dichiarato illegittimo il cosiddetto *spousal consent*, ossia il consenso del marito alle procedure di aborto, cercando di eliminare ogni possibile condizionamento alla libertà della donna in questa fase). La Corte stabilisce, così, che nessuno (né lo Stato, né alcun altro soggetto ‘delegato’) può intervenire limitando la capacità di scelta della gestante nell’ambito del primo trimestre della gravidanza.

Il passaggio è significativo se letto in relazione alla nuova normativa texana, che, invece, si inserisce in questo stretto spazio temporale, alterando il potere di autonomia della donna e creando un ‘diritto’ di veto in capo al singolo. Si tratta di una ‘delega sostanziale’ dello Stato sui propri cittadini, un meccanismo che appare controverso non soltanto da un punto di vista formale e sostanziale della tutela dei diritti in gioco, ma anche sul profilo dei rapporti sociali, trasformando ciascun cittadino in un potenziale “bounty hunter”¹⁴.

La normativa texana, in una prospettiva di deresponsabilizzazione della compagine statale, non solo viola quella sfera di ‘privacy’ costituzionalmente tutelata, in cui rientra anche il diritto di aborto, ma contribuisce a creare un clima di diffidenza generale fra i cittadini, legittimati ad intervenire su una materia delicata e personale, la cui tutela appare, in questo modo, completamente ‘sgretolata’. In questo senso, è stato sottolineato come il disegno della normativa texana e la decisione della Corte vadano oltre la dimensione del diritto di aborto, stando forti preoccupazioni l’idea che uno Stato possa affidare ai privati l’attuazione di una certa legge e, in questo modo, eludere un possibile controllo di costituzionalità, con la prospettiva che “[i]f such a rule were to be adopted, there is nothing to stop states with very different political motivations from trying the same approach [...]”¹⁵.

4. Fra tutela dei diritti e orientamento politico.

La difficoltà di riuscire a mantenere un equilibrio su questioni culturalmente così divisive, come quella del diritto di aborto, è probabilmente da ricercarsi nella complessità dei rapporti tra politica e diritto, di cui la nomina dei giudici supremi rappresenta uno dei momenti di massima ‘tensione’¹⁶.

Sulla base di quanto indicato nella cosiddetta *Appointment Clause*¹⁷, la disposizione che disciplina nelle sue linee generali questo delicato procedimento, l’individuazione di tali personalità è effettuata da parte del Presidente degli Stati Uniti e deve essere poi confermata dal Senato attraverso la procedura di *advise and consent*, che si compie attraverso una serie di udienze, tenute, dapprima, davanti al *Senate Judiciary Committee*, e, poi, di fronte all’intera Assemblea¹⁸. Ciò che emerge – e

of government officials or private citizens) but to any person. But I do not see why that fact should make a critical legal difference”, Justice Breyer, dissenting opinion).

¹⁴ Come sottolinea nella sua *dissenting opinion* ancora la Giudice Sonia Sotomayor “*In effect, the Texas Legislature has deputized the State’s citizens as bounty hunters, offering them cash prizes for civilly prosecuting their neighbors’ medical procedures*”.

¹⁵ G. COHEN, E. Y. ADASHI, L. O. GOSTIN, *The Supreme Court, the Texas Abortion Law (SB8) and the beginning of the End of Roe v. Wade*, in [Jama Network](#), 23 settembre 2021.

¹⁶ In questi termini si veda, L. P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 2017, n. 3

¹⁷ Art. 2 sez. 2, U.S. Constitution: “*The President [...] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law [...]*”.

¹⁸ Se, da una parte, l’*Appointment Clause*, può considerarsi espressione del principio di separazione dei poteri, incardinando su due ‘figure’ diverse la nomina di soggetti di alto profilo istituzionale, dall’altro, non specifica il ‘peso’ del ruolo del Senato nell’ambito della procedura, che, lungi dall’essere stato precisato nel corso del tempo attraverso prassi e soluzioni interpretative uniformi, rimane ancora una questione non del tutto risolta. Se si guarda ai lavori della Convenzione del 1787, sembra che il ruolo affidato al Senato non volesse essere semplicemente ‘formale’, ma una vera e propria verifica dei caratteri del candidato, con la possibilità di intervenire, bloccando eventuali scelte che non potessero essere oggetto di una decisione ‘condivisa’. In realtà, occorre segnalare come questa prerogativa del Senato si sia poi

che negli ultimi anni con la Presidenza Trump sembra essersi esasperato – è il processo di ‘politicizzazione’ che caratterizza questa procedura. Le convinzioni politiche e culturali del singolo candidato assumono un peso preponderante nella sua valutazione, al punto che i Presidenti hanno sempre individuato soggetti che mostrassero un complesso valoriale del loro stesso ‘colore’ politico. Occorre notare comunque che, a volte, le decisioni assunte poi dai giudici americani sono andate a discostarsi dalle idee politiche alla base della loro ‘selezione’, finendo, talvolta, anche ad ‘appoggiare’ soluzioni decisionali differenti rispetto alla propria posizione iniziale. Un esempio piuttosto recente può essere rappresentato dal *Chief Justice* Roberts, il quale, noto inizialmente per il proprio orientamento moderatamente conservatore, ha finito per schierarsi, in diverse occasioni, tra le posizioni ‘liberal’, riequilibrando l’attuale composizione della Corte¹⁹.

La nomina di un giudice supremo rappresenta, dunque, un momento fondamentale della vita istituzionale degli Stati Uniti, in quanto capace di influenzare il quadro politico e giuridico del Paese anche nel ‘futuro’ - considerato che si tratta di un mandato a vita²⁰ - con conseguenze concrete in termini di definizione dell’azione della Corte Suprema. L’individuazione del candidato ha finito, dunque, per essere, talvolta, motivo di forte scontro politico. Da ultimo, si pensi, agli episodi verificatisi in occasione della morte del giudice Scalia, avvenuta nel corso dell’ultimo periodo della Presidenza Obama, il quale, dopo aver reso noto il ‘proprio’ candidato – il *Chief Justice* della Corte d’Appello del *Columbia District*, Merrick Garland - è stato costretto ad interrompere la procedura, a seguito dell’opposizione del Senato, che, all’epoca, vantava già una maggioranza repubblicana²¹. Secondo la posizione del Senato, infatti, un atto così importante non spettava ad un Presidente ormai in scadenza, ma risultava già prerogativa del suo successore, ritenendo possibile procedervi, dunque, soltanto dopo le elezioni presidenziali e dando in questo modo anche al popolo la possibilità di esprimersi²². Questo stallo è stato poi ‘sbloccato’ soltanto a seguito dell’elezione di Trump, attraverso

svilupata e calibrata anche sulla base della ‘costruzione’ dei rapporti tra Federazione e Stati, sul punto, si veda, in particolare, C. BOLOGNA, *Advice and consent nell’evoluzione del federalismo americano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, n. 2.

¹⁹ Oltre alla vicenda in esame, si vedano i casi *Department of Homeland Security et al. V. Regents of the University of California et al.*, (2020), in tema di immigrazione minorile, *Bostock v. Clayton County*, (2020), in relazione alla tutela dei diritti di persone omosessuali e transgender, nonché sempre sulla questione dell’aborto anche *June Medical Service et al., v. Russo*, (2020). Sul punto di veda anche L. P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, n. 2, 500. Sempre in questa prospettiva, è interessante ripensare anche al ruolo svolto, proprio sulla questione dell’aborto, dalla Giudice Sandra Day O’Connor, che, nominata dal Presidente Reagan e sempre di carattere conservatore, si rivelò determinante nella decisione del caso *Planned Parenthood v. Casey*, spostando il proprio voto verso una prospettiva più moderata e portando alla riconferma - quanto meno nei suoi tratti essenziali - di *Roe*. Si veda anche la sua decisione in *Lawrence v. Texas 539 US 558 (2003)*, a favore dell’incostituzionalità della normativa texana contro le relazioni omosessuali, e la sua posizione in *Gutter v. Bollinger 539 US 306 (2003)*, confermando la legittimità di una normativa del Michigan, volta a favorire le minoranze razziali nell’ammissione agli studi universitari, cfr. L. GREENHOUSE, *What we lost when we lost Sandra Day O’Connor*, in *The New York Times*, 23 settembre 2021.

²⁰ Art. 3, section 1, “*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour [...]*”; secondo i Costituenti, il mandato a vita rappresentava un elemento volto a garantire il carattere di indipendenza dei giudici, cfr. R. W. GARNETT, D. A. STRAUSS, *Article III, section one*, in [National Constitution Center](#).

²¹ In merito a queste vicende, si veda, in particolare, L. P. VANONI, *USA: da Scalia a Gorsuch. Note minime sul potere di “advise and consent”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 marzo 2017.

²² La posizione del Senato ha sollevato acceso dibattito in merito all’esistenza o meno, in capo a questo organo, di un vero e proprio “*constitutional obligation to act on Supreme Court nominees*”. Molti studiosi si sono pronunciati in senso positivo, ritenendo presente un obbligo costituzionale del Senato ad avviare la procedura di *advise and consent*, v. la lettera sottoscritta da vari studiosi cfr. S. B. TILLMAN, *Alliance for Justice Letter and over 350 academics to Senate Majority Leader McConnell*, (7 marzo 2016), nonché all’indirizzo telematico https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3715342; v., altresì, lo *Statement of Constitutional Law Scholars on the Supreme Court Vacancy*, del 24 febbraio 2016, all’indirizzo telematico <https://www.acslaw.org/wp-content/uploads/old-uploads/originals/documents/Con%20Law%20Scholars%20on%20Scotus%20Vacancy.pdf>, dove si precisa che “[t]hroughout American history, presidents have nominated individuals to fill vacancies during the last year of their terms”. Sempre sulla stessa questione, ma in senso contrario cfr. J. H. ADLER, *The Senate has no constitutional obligation to consider nominees*, in *Geo. Mason L. Review*, vol. 24, 2016. In generale, per una ricostruzione interpretativa

la nomina del più conservatore Neil Gorsuch, andando a ‘correggere’ gli equilibri della Corte in questa direzione. Tuttavia, l’interpretazione della procedura, così come elaborata dal Senato, non è stata poi osservata in occasione della nomina della giudice Amy Coney Barrett (sempre di stampo conservatore) che, a seguito dalla morte di Ruth Bader Ginsburg, è stata investita dell’incarico da Trump a poche settimane dalla scadenza del suo mandato, andando ad incidere in modo profondo sulla composizione della Corte stessa.

Il carattere intrinsecamente politico del procedimento di nomina dei giudici supremi sembra determinare, in modo indiretto, forti problematiche anche in termini di tutela dei diritti (un esempio può essere rappresentato dalla presente vicenda, che continua ad essere oggetto di battaglie politiche fra repubblicani e democratici), con conseguenti ripensamenti e proposte di modifica in merito alla struttura di questo organo. Già nel 1937 il Presidente Roosevelt aveva provato a modificare la composizione della Corte, attraverso il *Judicial Procedures Reform Bill*, più noto come *Court-Packing Plan*, proponendo un ampliamento del numero dei membri della stessa. Il progetto, però, non incontrò la condivisione sperata e non fu mai approvato, nell’ottica di preservare l’indipendenza della Corte, senza piegarla alle idee politiche del Presidente in carica²³. Ciò nonostante, la ‘minaccia’ di intervento sulla struttura della Corte Suprema operò una sorta di effetto *nudging*²⁴ portando alcuni giudici a schierarsi verso la parte più progressista, ribilanciando le posizioni all’interno della stessa (negli anni successivi, Roosevelt ebbe comunque l’opportunità di procedere alla nomina di ben 8 giudici, a fronte della dimissione di alcuni e del venire meno di altri componenti)²⁵. Come in quella occasione, sarebbe ugualmente auspicabile che il ‘cambiamento’, per quanto riguarda il caso in esame, avvenisse dall’interno; la misura del *court packing* rimane una possibilità controversa, in quanto sebbene la Costituzione americana non definisca il numero dei giudici supremi (e inizialmente vi siano stati interventi proprio su questo profilo)²⁶, si tratta di un aspetto ormai immutato da molto tempo, la cui modifica potrebbe ulteriormente destabilizzare gli equilibri tra gli organi istituzionali.

sul ruolo di *advise and consent* del Senato, cfr. D. STRAUSS, C. SUNSTEIN, *The Senate, The Constitution and the Confirmation Process*, in *The Yale Law Journal*, 1992, vol.101.

²³ In merito a questa vicenda, si veda, in particolare, W. E. LEUCHTENBURG, *The origins of Franklin D. Roosevelt “Court Packing Plan”*, in *The Supreme Court review*, 1966 e sempre dello stesso autore, si veda *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York, 1995.

²⁴ Così come definito da A. SANDULLI, *Il Presidente Biden e la Riforma della US Supreme Court*, in Luiss Open, disponibile alla pagina <https://open.luiss.it/2021/09/09/il-presidente-biden-e-la-riforma-della-us-supreme-court/>. Con riguardo al concetto di *nudge* (letteralmente, “pungolo”), si fa riferimento ad un modo di regolamentazione volto ad indirizzare in via indiretta il comportamento della persona verso determinate ‘scelte’, senza, tuttavia, l’imposizione di comandi espressi. Sul punto, in particolare, cfr. R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, 6, secondo i quali “A *nudge*, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere *nudge*, the intervention must be easy and cheap to avoid”; gli autori definiscono il *nudging* come un “paternalismo libertario”, in quanto, se, da un lato, l’assenza di imposizioni legali dirette permette di salvaguardare un certo grado di libertà del soggetto, dall’altro, l’obiettivo di tale approccio è quello di influenzare le azioni degli individui. Sul punto, si veda, altresì, A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 1; M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del “nudging” sulla normatività: verso un diritto senza sanzione?* in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2020, n. 1.

²⁵ In particolare, a seguito della proposta di intervento sulla struttura della Corte da parte del Presidente Roosevelt, si verificò un cambio ‘naturale’ degli equilibri vigenti all’interno dell’organo, con il giudice Owen Roberts che si spostò verso il lato più progressista nell’ambito del giudizio *West Coast Hotel v. Parrish* del 1937 (così come in seguito anche il giudice Hughes), sul punto si veda A. SANDULLI, cit. Il cambio di prospettiva adottato dal giudice Roberts in quella occasione viene definito anche come “*a switch that saves the nine*”, preservando in questo modo la ‘struttura’ della Corte Suprema cfr. J. L. CARSON, B. A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR’s court-packing plan*, Kluwer Academic Publishers, 2002.

²⁶ All’interno della Costituzione americana non è indicato il numero dei giudici che devono comporre la Corte Suprema, il quale inizialmente è stato soggetto a molteplici variazioni tra il 1789 e il 1869 (*Judiciary Act 1789*, con 6 giudici; *Judiciary Act 1801*, con 5 giudici, che il Congresso aumenta a 7 nel 1807; *Eight and Ninth Circuits Act* nel 1837, con 9 giudici; *Ten Circuit Act 1863*, con 10 giudici; *Judicial Circuit Act 1866*, con 7 giudici; *Judiciary Act 1869*, con 9 giudici). Da quest’ultimo momento in poi il numero è rimasto invariato a 9 componenti. Cfr. NCC STAFF, *Why does the Supreme Court have nine justices?* In *constitutioncenter.org*, 6 luglio 2018, disponibile alla pagina <https://constitutioncenter.org/blog/why-does-the-supreme-court-have-nine-justices>.

Proprio in questo senso, nella consapevolezza di vagliare eventuali prospettive di riforma dell'assetto strutturale e/o funzionale della Corte, il Presidente Biden, alla luce dei nuovi equilibri e a fronte di un dibattito continuo in merito al carattere politico della stessa, ha istituito, all'inizio del proprio mandato, un'apposita Commissione di studio²⁷, composta da esperti chiamati a formulare concrete proposte di rinnovamento dell'organo al fine di attenuare eventuali polarizzazioni all'interno e provare a fornire un maggiore equilibrio sia dentro la Corte stessa, sia fra questa e gli altri poteri dello Stato²⁸. L'ultimo *public meeting* della Commissione si è svolto il 7 dicembre 2021, con un report definitivo che raccoglie le sue valutazioni complessive. La relazione, approvata all'unanimità, contiene una riflessione critica sulle possibili opzioni di rinnovamento percorribili in merito a struttura e funzioni della Corte Suprema. Considerata la composizione bipartisan della Commissione e la complessità del tema, il documento si limita a dare atto delle proposte di modifica possibili, valutando attentamente pro e contro (ad esempio, con riguardo all'opzione di aumento numerico dei componenti della Corte, la Commissione sottolinea che “[...] *there is profound disagreement among Commissioners over whether adding Justices to the Supreme Court at this moment in time would be wise. As a Commission we have endeavored to articulate the contours of that debate as best as we understand them, without purporting to judge the weight of any of the arguments offered in favor or against calls to increase the size of the Court*”²⁹). È interessante notare come il risultato del lavoro della Commissione sia arrivato durante un momento così delicato della vita della Corte, chiamata, fra le altre cose, a (ri)pronunciarsi sul tema dell'aborto, mettendo in discussione i suoi precedenti 'storici'. Tuttavia, non pare che ad oggi tali proposte di modifica possano essere realizzabili; le spaccature interne alla politica americana non sembrano consentire il raggiungimento di un livello di consenso tale da poter procedere ad una riforma della Corte Suprema, che, peraltro, risulta essere essa stessa espressione del disaccordo politico attuale³⁰.

La politicizzazione del procedimento di nomina dei giudici, acuitasi, in modo particolare negli ultimi tempi, e l'assenza di vincoli per quanto riguarda la durata della carica fa sì che le ideologie dei

²⁷ Per quanto riguarda l'istituzione della Commissione e le attività che sta svolgendo, cfr. <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/>; si veda, altresì, K. BARLOW, *Biden's Commission on Court reform kicks off*, in *Scotus blog*, 19 maggio 2021; sulla possibilità di operare trasformazioni della Corte Suprema, si veda, inoltre, J. LAMPE, “*Court Packing*”: *Legislative control over the size of the Supreme Court*, Center Service Report, 14 dicembre 2020, G. SITARAMAN, D. EPPS, *How to Save the Supreme Court*, in *Yale Law Journal*, 2019, vol. 148, i quali ipotizzano, in particolare, due possibili riforme estremamente innovative: 1) *the Supreme Court Lottery*, secondo cui ciascun giudice delle Corti d'Appello federali diverrebbe un 'associato' della Corte Suprema, la quale deciderebbe i casi attraverso un *panel* di 9 giudici, estratti a sorte (i *panel*, tuttavia, non potrebbero essere composti da più di 5 giudici nominati da un Presidente dello stesso partito); 2) *the Balance Bench*, in base alla quale la Corte potrebbe essere formata da 10 giudici (5 democratici, 5 repubblicani), ai quali si unirebbero altri 5 componenti scelti fra i giudici di un certo distretto/circuito (la nomina di questi ultimi deve però essere effettuata da parte dei primi, decidendo all'unanimità).

²⁸ Diverse sono le proposte di intervento prese in considerazione e sopraggiunte alla Commissione anche per il tramite di un meccanismo di consultazione pubblica, le quali vanno da un ampliamento numerico della composizione della Corte, alla possibile limitazione temporale del mandato dei singoli giudici, alla restrizione della giurisdizione dell'organo, all'introduzione di determinate regole nell'ambito del processo decisionale (ad esempio, la *Supermajority Rules*). In particolare, i report aggiornati della Commissione sulle relative proposte sono disponibili alla pagina <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/public-meetings/october-15-2021-pcscotus-meeting>.

²⁹ Cfr. Presidential Commission on Supreme Court of United States, *Draft Final Report*, 83 ss., disponibile alla pagina <https://int.nyt.com/data/documenttools/scotus-commission-report/b895adee6a60441e/full.pdf>.

³⁰ Si veda, sul punto, il commento di C. SAVAGE, “*Court Pcking*” *Issue divides Commission appointed by Biden*, in *The New York Times*, 7 dicembre 2021.

singoli ricadano sulle modalità di ‘regolazione’ dei diritti, rischiando di trasformare quello che veniva definito “*the least dangerous branch*”³¹ in “*the most dangerous [one]*”³².

Il caso del diritto all’aborto mostra come le convinzioni politiche possano rivelarsi estremamente condizionanti nell’analisi di questioni giuridiche così divisive. L’accentuata polarizzazione della comunità politica, che ha finito per influenzare ulteriormente anche il funzionamento della Corte, evidenzia l’opportunità di ridiscutere i confini delle modalità di esercizio di questo potere, e sondare eventuali ragionevoli proposte di riforma.

3. Una questione ancora ‘aperta’.

Dopo l’entrata in vigore della normativa, il caso è tornato presso la Corte d’Appello del 5^o circuito, che, nonostante l’urgenza della questione, ha rimandato la trattazione della stessa a dicembre. Pertanto, nell’intento di ottenere una più ravvicinata decisione sul caso volta a sospendere la legge texana, i ricorrenti, avvalendosi dello strumento *certiorari before judgment*, si sono rivolti di nuovo alla Corte Suprema chiedendo di intervenire sul punto. Il particolare meccanismo processuale utilizzato costituisce una ‘petizione’ attraverso la quale viene chiesto alla Corte di esprimersi immediatamente su una determinata questione, non ancora definita, al fine ottenere una decisione in tempi più brevi. Questo tipo di ricorso non è accolto di frequente; secondo la *Supreme Court Rule 11*, il caso può essere esaminato dalla Corte “*only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court*”. Alla luce delle difficoltà relative all’attuazione del diritto di aborto, allo schema inedito della normativa e alle problematiche applicative ad esso connesse, lo strumento del *certiorari before judgment* sembrerebbe coerente con l’urgenza delle questioni in esame. Tuttavia, la Corte ha proceduto all’accoglimento della richiesta soltanto a seguito dell’intervento del Governo federale. L’Amministrazione Biden, infatti, mostrandosi fin da subito in espressa opposizione ai contenuti della legge texana, ha intentato, separatamente, una causa contro lo Stato del Texas, al fine di bloccare l’efficacia della normativa, riuscendo, in prima battuta, ad ottenere la sospensione della stessa. In particolare, secondo la pronuncia resa da parte del giudice distrettuale federale: “*A person’s right under the Constitution to choose to obtain an abortion prior to fetal viability is well established. Fully aware that depriving its citizens of this right by direct state action would be flagrantly unconstitutional, the State contrived an unprecedented and transparent statutory scheme to do just that [...] S.B. 8 violates the Fourteenth Amendment, whether as an unconstitutional pre-viability*

³¹ Il riferimento è al *Federalist n. 78* di Alexander Hamilton, il quale descrisse il potere giudiziario come il meno pericoloso poichè non avrebbe potuto comandare eserciti (prerogativa dell’esecutivo) nè avrebbe avuto potere di spesa (a sua volta prerogativa del legislativo): “*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword*”.

³² In particolare, cfr. M. DOWD, *The Supreme Court vs Reality*, in *The New York Times*, 9 ottobre 2021 e la prospettiva di D. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch: Inside the Supreme Court’s Assault on the Constitution*, New York, 2018. Si veda, altresì, A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, il quale, riprendendo l’espressione di Hamilton, sottolinea, in particolare, come il potere che avrebbe dovuto essere il “più debole” è, invece, proprio quello in grado di ‘limitare’ gli altri due; e, tuttavia, “*the power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command*” (A. BICKEL, cit., 2), trattandosi di una prerogativa che la Corte si autoattribuisce con la storica decisione sul caso *Marbury v. Madison*. Su questo aspetto si veda anche E. GRANDE, *Il caso dell’aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?* In *Questione Giustizia*, 27 ottobre 2021. Nel senso della necessità di una riforma della Corte anche R. DOERFLER, S. MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, in *Cal. L. Rev.*, 2021, vol. 109, i quali sottolineano come proprio gli eventi relativi alle ultime nomine dei giudici supremi “*have created the conditions for an expert and public discussion about the Supreme Court’s institutional viability without parallel since the 1920s and 1930s*”, 1.

*abortion ban, or as an unconstitutional undue burden on pre-viability abortion*³³. La decisione, estremamente puntuale nelle sue argomentazioni e nella ricostruzione giurisprudenziale, afferma come la normativa texana violi il diritto costituzionale all'aborto e rappresenti un vero e proprio "undue burden", ponendosi in conflitto con quanto previsto a livello federale. L'entrata in vigore della stessa, infatti, ha determinato la chiusura della maggior parte delle cliniche del Texas, rendendo, conseguentemente, estremamente più difficoltoso l'accesso ai servizi³⁴. Il giudice federale, attraverso le testimonianze degli *abortion providers*, osserva come la normativa abbia raggiunto il proprio obiettivo, instaurando all'interno delle cliniche anche un clima di paura e instabilità, nella prospettiva che chiunque, fra i cittadini, in base all'inedito schema della legge (che trasforma i privati, come è stato detto, in una sorta di "bounty hunter") potrebbe intentare un'azione legale contro chi compia (o faciliti) le operazioni di aborto. Proprio in forza di questa particolare impostazione, la legge del Texas impedisce al Governo degli Stati Uniti di provvedere, secondo quanto previsto da leggi e regolamenti federali, alle operazioni di aborto, esponendo i propri funzionari a conseguente responsabilità³⁵. È stato evidenziato come alcune agenzie federali siano tenute da regolamento a provvedere alle richieste di aborto loro pervenute, come ad esempio, il *Federal Bureau of Prisons* (BOP), che deve attivare i servizi di interruzione di gravidanza quando una detenuta lo richieda o allo *United States Marshals Service*, per quanto riguarda i soggetti sotto la sua tutela. La *S.B. 8*, così come formulate, finirebbe per ostacolare il corretto funzionamento di queste strutture. Pertanto, secondo il giudice distrettuale, la normativa risulta in contrasto, inoltre, con "the doctrines of preemption and intergovernmental immunity [...] *S.B. 8 conflicts with the laws and regulations governing the abortion-related services of its agencies, as it would subject them to liability for carrying out their mandates to provide or facilitate pre-viability abortions*"³⁶.

Tuttavia, il provvedimento della Corte distrettuale federale è stato presto superato da quello della Corte d'Appello del 5^o circuito, cui ha fatto ricorso lo Stato del Texas, la quale, in attesa di pronunciarsi sul merito, ha comunque annullato il provvedimento di sospensione, rendendo la normativa texana nuovamente operativa. Il Governo federale si è quindi rivolto direttamente alla Corte Suprema, utilizzando lo strumento del *certiorari before judgement*, al fine di accelerare i tempi decisionali e poter fare chiarezza sui diversi profili problematici del *Texas Heartbeat Act*. A seguito della petizione formulata dall'Amministrazione Biden, la Corte ha deciso di accogliere entrambe le richieste (sia quella mossa dagli *abortion providers*, all'interno del caso *Whole Woman's Health v. Jackson*, docket no. 21-463, sia quella del Governo federale, relativa a *United States v. Texas*, docket no. 21-588), superando la fase presso la Corte d'Appello del 5^o circuito. Occorre sottolineare, in ogni

³³ *United States v. State of Texas*, District Court for the Western district of Texas Austin division, 2021

³⁴ Il Giudice distrettuale riporta le testimonianze fornite dagli *abortion providers*, a seguito dell'entrata in vigore della legge SB. 8, che evidenziano le difficoltà di rendere disponibile il servizio e soddisfare le richieste "Between September 1 and September 10, PPCFC performed 123 ultrasounds at the first appointments required under state law to take place at least 24 hours before an abortion. The clinics had 63 patients scheduled for abortions in the next ten days but could only perform 52 because "some patients had embryonic activity by the time they returned." [...] Thus, the clinics went from performing approximately 25 abortions per day to approximately 5 per day, all at less than six weeks LMP [...] One provider, who oversees four Texas clinics, stated that between September 1 and September 14, "[w]e have already turned away more than 100 patients..., and every day the law is in effect, we are forced to turn away the majority..." [...] This credible evidence establishes that "S.B. 8 has had an immediate and devastating effect on abortion care in Texas."

³⁵ Altre istituzioni federali richiamate sono il *Department of Labor*, l'*Office Refugee Resettlement*, il *Department of Defense*, il *Centers for medicare and Medicaid services*, l'*Office of personnel Management*, il *Department of Defense*. Cfr. *United States v. State of Texas*, District Court, 24 – 26, e in particolare, 104, in cui la Corte conclude che "The law plainly conflicts with the agency's obligations to facilitate services for any present or future Job Corps participants seeking an abortion beyond the timeline allowed by S.B. 8. As such, there is a high likelihood S.B. 8 violates intergovernmental immunity".

³⁶ *United States v. State of Texas*, District Court, 101. Con riguardo al principio di *Preemption*, in base al quale, in caso di conflitto fra legge statale e legge federale, prevale quest'ultima, cfr. Art. IV, § 2 "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding". Con riguardo al principio di *intergovernmental immunity*, cfr. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 426 (1819).

caso, che la Corte non è stata chiamata a pronunciarsi direttamente sulla violazione del diritto di aborto e sulla legittimità costituzionale della legge stessa; essa, infatti, non ha accolto la richiesta formulata dallo Stato del Texas di riconsiderare espressamente i precedenti di *Roe* e *Casey* (tale profilo, tuttavia, è attualmente in esame davanti alla Corte con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, docket no. 19-1392, riguardante la costituzionalità di una legge dello Stato del Mississippi che vieta le procedure di aborto dopo la quindicesima settimana di gravidanza; l'udienza di discussione si è tenuta il primo dicembre³⁷), soffermandosi più che altro sugli aspetti processuali (in particolare, sull'impostazione della legge texana e la sua capacità di eludere il *judicial review*, nonché sulla possibilità per il Governo federale di ottenere un provvedimento ingiuntivo contro i rappresentanti o contro la Corte di un certo Stato)³⁸.

Tuttavia, se durante l'udienza di discussione (tenutasi il primo novembre scorso) i giudici avevano fatto emergere perplessità³⁹ rispetto allo schema della normativa texana, la pronuncia della Corte, in merito alle richieste formulate dagli *abortion providers* e depositata il 10 dicembre 2021, lascia un forte senso di insoddisfazione. In una decisione, che, ancora una volta, vede una intrinseca frammentarietà delle opinioni espresse⁴⁰, la Corte sceglie di non bloccare l'efficacia della legge statale, con conseguenze pratiche preoccupanti per quanto riguarda la somministrazione del servizio sanitario di interruzione di gravidanza in Texas. L'opinione di maggioranza della Corte, resa dal giudice Gorsuch, sottolinea come la stessa non si stia pronunciando sulla costituzionalità della legge in questione, ma riguardi soltanto aspetti processuali. Tuttavia, sebbene la pronuncia accordi ai ricorrenti la possibilità di impugnare la legge contro determinati funzionari statali (soltanto coloro che si occupano del rilascio delle licenze mediche)⁴¹, riportando la questione presso le Corti federali

³⁷ La normativa del 2018 non è mai entrata in vigore, in quanto bloccata dapprima dalla Corte distrettuale e poi anche dalla Corte d'Appello del 5° Circuito. Lo Stato del Mississippi ha espressamente chiesto alla Corte di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della legge medesima, mettendo espressamente in discussione *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*. Gli *oral arguments* hanno mostrato, ancora una volta, una completa polarizzazione delle posizioni sul tema, con una parte conservatrice maggiormente incline al superamento degli 'storici' precedenti e una parte 'liberal' che ha sottolineato l'importanza del principio dello *stare decisis*, che, come affermato dal Giudice Kagan, costituisce "an important principle in any case, and, here, for the reasons that Casey mentioned, especially so, to prevent people from thinking that this Court is a political institution that will go back and forth depending on what part of the public yells loudest and preventing people from thinking that the Court will go back and forth depending on changes to the Court's membership". La trascrizione degli *oral arguments* del caso *Dobbs v. Jackson* è disponibile alla pagina [https://ballotpedia.org/Dobbs v. Jackson Women's Health Organization](https://ballotpedia.org/Dobbs_v._Jackson_Women's_Health_Organization). Sul punto, v., in particolare, A. HOWE, *Court to weigh in on Mississippi abortion ban intended to challenge Roe v. Wade*, in *Scotus blog*, 17 maggio 2021 all'indirizzo telematico <https://www.scotusblog.com/2021/05/court-to-weigh-in-on-mississippi-abortion-ban-intended-to-challenge-roe-v-wade/>; A. HASSAN, *What to know about the Mississippi Abortion Law Challenging Roe v. Wade*, in *The New York Times*, 1° dicembre 2021; J. S. GERSEN, *The Mississippi abortion case and the fragile legitimacy of the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 4 dicembre 2021.

³⁸ M. ZIEGLER, *Supreme speed: The court puts abortion on the rocket docket*, in *Scotus blog*, 25 ottobre 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/10/supreme-speed-the-court-puts-abortion-on-the-rocket-docket/>.

³⁹ M. ZIEGLER, *It didn't go well for Texas in at the Supreme Court*, 2 novembre 2021, disponibile alla pagina <https://edition.cnn.com/2021/11/01/opinions/texas-abortion-law-short-lived-ziegler/index.html>; A. LIPTAK, *The Supreme Court hints that it may allow a challenge to the Texas Abortion Law*, in *The New York Times*, 1° novembre 2021, disponibile alla pagina <https://www.nytimes.com/2021/11/01/us/politics/texas-abortion-law-supreme-court.html>.

⁴⁰ La decisione è stata resa con una maggioranza di 5-4. Tuttavia, una parte della sentenza non è stata condivisa soltanto dal giudice Thomas; il giudice Roberts ha scritto una *dissenting opinion*, cui si sono uniti i giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, la quale è comunque intervenuta anche con una propria *opinion* sul caso, sottolineando il preoccupante aspetto relativo alla mancata sospensione dell'efficacia della legge. Cfr. *Whole Woman's Health, at al., v. Jackson, et al.* 595 US_ (2021), docket no. 21-463. Quanto al secondo filone processuale, attinente alle doglianze del Governo federale, la Corte si è pronunciata tramite un "unsigned order", rigettando la richiesta, cfr. il documento è disponibile alla pagina https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-588_c07d.pdf.

⁴¹ Secondo l'opinione di maggioranza, la legge potrà essere fatta valere soltanto nei confronti dei funzionari statali deputati al rilascio delle licenze mediche e del capo del *Department of Health* del Texas. Il Giudice Gorsuch ha sottolineato come gli *abortion providers* avessero individuato le disposizioni della legge statale volte ad imporre in capo a tali soggetti l'obbligo di avviare azioni disciplinari contro il personale sanitario che violi la S.B. 8. È da escludersi, invece, che i ricorrenti possano agire in giudizio contro i cancellieri e i giudici dei tribunali statali, cfr.: "[...] *the private parties who seek to bring S. B. 8 suits in state court may be litigants adverse to the petitioners. But the state-court clerks*

inferiori, essa appare comunque del tutto disallineata con i suoi precedenti in tema di aborto. Tale aspetto viene ben evidenziato dal Giudice Roberts nella propria *dissenting opinion*, il quale ribadisce che la legge del Texas non rispetta quanto affermato con *Roe* e *Casey*, realizzando “[...] *the effect of denying the exercise of what we have held is a right protected under the Federal Constitution*”, e dalla Giudice Sotomayor che dichiara espressamente di prendere le distanze “[...] *from the Court’s dangerous departure from its precedents, which establish that federal courts can and should issue relief when a State enacts a law that chills the exercise of a constitutional right and aims to evade judicial review [...]*”. Entrambi, inoltre, esprimono particolare preoccupazione in merito al ruolo svolto dalla Corte Suprema, che discostandosi dai suoi precedenti e lasciando in efficacia la normativa texana, rende gli stessi diritti tutelati dalla Costituzione estremamente vulnerabili e soggetti a futuri ‘attacchi’ da parte delle legislazioni statali. L’impostazione della legge texana, infatti, mira a superare il meccanismo di *judicial review* e, pertanto, “[...] *if the legislatures of the several states may, at will, annul the judgments of the courts of the United States, and destroy the rights acquired under those judgments, the constitution itself becomes a solemn mockery. [...] The nature of the federal right infringed does not matter; it is the role of the Supreme Court in our constitutional system that is at stake*”⁴².

Se, dunque, questa volta la decisione della Corte non riesce a tutelare, nella sua sostanza, il diritto all’aborto e si presenta “*alarming*” (richiamando l’espressione della Giudice Ginsburg, utilizzata in merito alla scelta della Corte sul caso *Gonzales v. Carhart*)⁴³, mettendo davvero in discussione la tutela delle libertà costituzionali, la ‘partita’ sul tema dell’aborto negli Stati Uniti rimane ancora aperta. L’auspicio è che i giudici supremi, attraverso il caso del Mississippi, chiamati a pronunciarsi direttamente sul diritto all’aborto, possano tornare a rendere effettivo quel sistema di garanzie così prezioso, che, nonostante contrapposizioni culturali e divisioni politiche, rappresenta un livello di tutela fondamentale e, per questo, irrinunciabile.

who docket those disputes and the state-court judges who decide them generally are not. Clerks serve to file cases as they arrive, not to participate as adversaries in those disputes. Judges exist to resolve controversies about a law’s meaning or its conformance to the Federal and State Constitutions, not to wage battle as contestants in the parties’ litigation. [...]”, Whole Woman’s Health v. Jackson, Opinion of the Court. Si veda, altresì, il commento di A. HOWE, Court leaves Texas’ six-week abortion ban in effect and narrows abortion providers’ challenge, in [Scotus blog](#), 10 dicembre 2021.

⁴² Le parole sono del *Chief Justice* Roberts, che evidenzia come in gioco sia non semplicemente la tutela del diritto all’aborto e, dunque, di un diritto ‘costituzionale’, ma lo stesso ruolo della Corte Suprema come garante dell’ordinamento costituzionale americano. Negli stessi termini si è espressa anche la Giudice Kagan durante l’udienza di discussione del caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* sulla legge del Mississippi, cfr. *supra* la nota 36.

⁴³ In merito alla vicenda sul caso *Gonzales v. Carhart* del 2003, la Giudice Ginsburg si esprime proprio in questo senso: “*Today’s decision is alarming. It refuses to take Casey and Stenberg seriously. It tolerates, indeed applauds, federal intervention to ban nationwide a procedure found necessary and proper in certain cases by the American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG). It blurs the line, firmly drawn in Casey, between previability and postviability abortions. And, for the first time since Roe, the Court blesses a prohibition with no exception safeguarding a woman’s health. I dissent from the Court’s disposition. Retreating from prior rulings that abortion restrictions cannot be imposed absent an exception safeguarding a woman’s health, the Court upholds an Act that surely would not survive under the close scrutiny that previously attended state-decreed limitations on a woman’s reproductive choices*”.