

Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto

di Lucia Busatta

Title: How binding is a precedent? The US Supreme Court decides again on abortion legislation

Keywords: Abortion; Stare decisis; US Supreme Court.

1. – La Corte Suprema statunitense è tornata ad occuparsi delle legislazioni statali limitative del diritto delle donne ad accedere all'aborto con il caso *June Medical Services LLC v. Russo*, deciso alla fine di giugno 2020. Come è noto, la tematica è, e continua ad essere, una questione altamente divisiva negli Stati Uniti (e, ormai, non più solamente lì), sia dal punto di vista politico sia dal punto di vista sociale, prima ancora che sotto il profilo giuridico.

In certi termini, si potrebbe dire che l'aborto sia un tema davvero rappresentativo della conflittualità che caratterizza la società statunitense, nella quale il diritto, che si dimostra essere molto poroso rispetto a questioni culturali o morali, diviene strumento di gestione di un contrasto assiologico che altrimenti non troverebbe contrapposizione (in questi termini anche S. Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012, 6). Come ricordava Toqueville, «negli Stati Uniti non c'è quasi questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria» (A. de Toqueville, *La democrazia in America* [De la Démocratie en Amérique], ed. it. cur. G. Candeloro, Milano 2002, 273). È dunque facile osservare come, in questo ordinamento, i conflitti di opinioni e di valori si traducano frequentemente in contrasti tra posizioni giuridiche e il tema dell'interruzione di gravidanza, per la carica di conflitti da dissipare che reca con sé rappresenta un formidabile paradigma di queste dinamiche.

Su questa linea, la *rights revolution* che, già a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, ha sollecitato il dibattito culturale e politico all'interno di un corpo sociale per propria natura molto articolato e composito, pur avendo consentito un riconoscimento, anche giuridico, delle diversità insite nella società statunitense, ha contribuito a far progredire le differenziazioni sociali, aumentando le distanze e i conflitti (M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, 1991, 9-10). Se ogni particolarità o diversità culturale o valoriale, in altre parole, diviene una "questione di diritti", ben si può comprendere come le divisioni divengano cifra caratterizzante l'identità o il valore di cui si chiede riconoscimento; in questo agone, quindi, non resta spazio per il compromesso, per il bilanciamento né per la composizione delle diversità entro una soluzione comune e condivisa, contrariamente a ciò che è invece più familiare alla cultura europea dei diritti (assume questa prospettiva anche S. Mancini, *Un affare di donne*, cit., 6; a riguardo, in prospettiva più ampia, sia

consentito rinviare anche a L. Busatta, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 9 ss.).

Si tratta di un approccio del quale il dibattito sull'aborto rappresenta un valido terreno di riflessione, poiché consente di porre inevidenza come, sul piano sociale e culturale prima e su quello politico e giuridico immediatamente dopo, si schierino nettamente le posizioni, tendenzialmente seguendo uno schema binario ed oppositivo, senza lasciare spazio a un dialogo tra i rispettivi sostenitori che miri a individuare la strada unitaria per la composizione del conflitto. Dal punto di vista della tutela costituzionale dei diritti, questo particolare articolarsi del dibattito rientra perfettamente in quello che è stato definito, con specifico riferimento alla collocazione delle minoranze etniche, linguistiche e religiose, come modello «liberale agnostico», nel quale l'ordinamento costituzionale resta sostanzialmente indifferente all'esistenza di gruppi, pur dimostrandosi liberale nella predisposizione e promozione delle libertà individuali (R. Toniatti, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi, M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 294). Detto in altri termini, tutte le posizioni valoriali trovano eguale spazio nel dibattito, anche giuridico, in materia; nessuna è cedevole e, pertanto, non vi è nemmeno ragione per cercare un punto di bilanciamento tra gli interessi contrapposti (collega tale caratteristica dell'ordinamento statunitense alle tipologie di scrutinio da parte della Corte Suprema L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, *passim* e in partic. 207 ss.). Tutto si gioca, quindi, sull'articolarsi delle dinamiche dei diritti in prospettiva strettamente individuale.

1.1 – Con specifico riguardo alla questione dell'aborto, poi, vi è una ulteriore e duplice caratteristica dell'ordinamento statunitense che incide sul dispiegarsi delle decisioni pubbliche sull'interruzione di gravidanza.

4454

Da un lato, la forma di stato federale implica che le scelte legislative sulle tematiche concernenti questi diritti spettano ai singoli stati; ciò contribuisce ad alimentare la gamma delle differenziazioni interterritoriali, mantenendo sempre viva l'attenzione su queste questioni, potenzialmente esposte a repentini mutamenti (a riguardo anche A. Baraggia, *“Whole Woman's Health v. Hellerstedt”: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 2; sulle dinamiche che coinvolgono federalismo e diritti negli Stati Uniti cfr. anche A. Pin, *La sovranità in America*, Padova, 2012, in partic. 125 ss.).

Dall'altro lato, non bisogna neppure dimenticare l'impatto che l'organizzazione sanitaria ha, in concreto, sull'effettività dei diritti. Come è noto, la natura strettamente privatistica del sistema sanitario statunitense delega al sistema assicurativo la regolazione delle condizioni di accesso alle prestazioni sanitarie, escludendo – sostanzialmente *in toto*, con la sola eccezione dei sussidi pubblici per particolari categorie, quali Medicaid o Medicare – gli stati o il legislatore federale da ogni determinazione sul punto (in argomento cfr. C. Casonato, *I sistemi sanitari: note di comparazione*, in G.G. Carboni (a cura di), *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, 2012, 5 ss.). Di conseguenza, la regolamentazione sull'aborto – come pratica medica – spetta al decisore pubblico solo nei limiti della scelta sul consentire o vietare (pur nel rispetto del *framework* tracciato a partire dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade*, nel 1973); al massimo – e questo è ciò che la più recente *abortion rights litigation* negli Stati Uniti ci sta insegnando – si possono prevedere limiti di accesso per le donne, requisiti da soddisfare, oppure particolari procedure.

È, appunto, in questo contesto che si innestano le legislazioni statali sulle quali la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi negli ultimi anni. Con specifico riguardo al caso in commento, si trattava di una delle Targeted Regulation of Abortion

Providers (c.d. TRAP laws), ossia quell'insieme di leggi che prevedono requisiti e condizioni di carattere organizzativo per i medici e gli ambulatori ove si praticano le interruzioni di gravidanza (R. Suppe, *A Right in Theory but Not in Practice: Voter Discrimination and TRAP Laws as Barriers to Exercising a Constitutional Right*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 23(1), 2014, 107).

Vi sarà modo di tornare più diffusamente *infra* sulle criticità di tali interventi normativi; bisogna però subito sottolineare come la decisione *June Medical Services v. Russo* rappresenti la “versione 2.0” (P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent? Analysis of June Medical Services v. Russo in a Newly Configured Supreme Court*, contributo del 15.04.2020, accessibile su SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3577209>, 24) di un caso deciso solamente quattro anni prima dalla Corte Suprema e avente ad oggetto una legge (in quel caso texana) essenzialmente sovrapponibile a quella della Louisiana su cui si è pronunciato il collegio dei nove nel giugno 2020 (ci si riferisce a *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ____ (2016)).

All'interno del contesto che si è qui brevemente tratteggiato e nel particolare momento storico e politico che gli Stati Uniti stanno attraversando, però, la decisione della Corte Suprema era ancor più attesa che in altri consimili e precedenti casi di qualche anno fa. Ad oggi, infatti, la composizione della Corte è prevalentemente conservatrice, con alcuni giudici storicamente e dichiaratamente schierati contro l'aborto. Senza troppo anticipare ciò che seguirà, si può ricordare che, nel collegio dei nove, siedono cinque giudici nominati da Presidenti repubblicani, rispettivamente uno (Clarence Thomas) nominato dal Presidente Bush sr., due insediati durante il mandato del Presidente Bush jr. (John G. Roberts e Samuel Alito) e due, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh, recentemente nominati da Trump (proprio in riferimento alle implicazioni relative alla nomina di questi due giudici della Corte Suprema da parte dell'attuale Presidente cfr. D. Zecca, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE Online*, 6.09.2018; P. Passaglia, *President Trump's Appointment in Four Keywords*, in G.F. Ferrari (ed.), *The American Presidency under Trump*, The Hague, 2020, 57 ss.).

In questa occasione, più che in altre, quindi, si temeva che la scelta della Corte Suprema di trattenere in decisione un caso molto simile ad uno su cui si era pronunciata solamente pochi anni prima potesse preludere ad un *overruling* e ad una conseguente destabilizzazione del diritto della donna sul proprio corpo stabilito a partire da *Roe v. Wade*, come le frange più estremiste del conservatorismo statunitense da tempo puntano a fare e come, in effetti, sarebbe anche nelle corde di alcuni dei giudici stessi (in questa decisione, lo dichiara espressamente a pagina 14 della propria opinione dissenziente il giudice Thomas: «[...] the putative right to abortion is a creation that should be undone»). La sentenza, poi, è arrivata anche in un momento particolarmente teso per il dibattito sociale sui *civil rights* negli Stati Uniti, se si considerano le numerose manifestazioni e prese di posizione del movimento Black Lives Matter, avvenute proprio nelle stesse settimane in cui la Corte svolgeva l'udienza e procedeva a redigere la sentenza.

Bisogna anche tenere in considerazione che è solamente di pochi giorni precedenti un'altra storica sentenza, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020), del 15 giugno, con cui la Corte ha dichiarato che, in base alla legge federale, è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender. Questa decisione, presa da una maggioranza di sei giudici con tre sole opinioni dissenzienti, ha svelato la capacità di un collegio – pur a orientamento prevalentemente conservatore – di dimostrare una relativa indipendenza dei singoli giudici dalle aspettative politiche o derivanti dai loro orientamenti assiologici prevalenti. Va in particolare segnalato che il giudice Gorsuch, di nomina trumpiana, è l'estensore dell'opinione di maggioranza, cui ha aderito anche il Chief Justice Roberts (in argomento v. A. Sperti, *Un'altra storica decisione della Corte*

Suprema: è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender, in *Articolo29*, 29.06.2020).

Sulla scia di queste premesse, quindi, e senza omettere una necessaria ricostruzione del caso e alcuni rilievi critici sull'oggetto della decisione e sugli interventi legislativi mirati a limitare il *right to abortion* negli Stati Uniti, il presente contributo si propone di sviluppare alcune considerazioni sull'utilizzo del precedente vincolante da parte della Corte Suprema e, in prospettiva comparata, sul rapporto tra politica del vaglio giurisdizionale e discrezionalità legislativa.

2. – Oggetto della decisione della Corte Suprema è la legge dello stato della Louisiana, Act 620, Unsafe Abortion Protection Act, che stabilisce i requisiti per i medici che effettuano gli aborti. L'atto legislativo era stato approvato nel settembre del 2014 ad ampia maggioranza, durante una stagione – temporalmente piuttosto estesa e non completamente conclusa – in cui numerose assemblee legislative statali si erano adoperate per approvare leggi che, dal punto di vista sostanziale o procedurale, rendono più complesso l'accesso all'aborto per le donne statunitensi (per i principali riferimenti normativi e giurisprudenziali v. L. Busatta, M. Tomasi, *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, in www.biodiritto.org).

La legge su cui si è pronunciata nel giugno 2020 la Corte Suprema, in effetti, è sovrapponibile («word-for-word identical», come si legge nel syllabus stesso della decisione) a quella texana che, nel 2016 era stata dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (in commento alla sentenza v., *inter multis*, M. Goodwin, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, 25(2), 2017, 340; A. Baraggia, “*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*”: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti, cit.; E. Chiericato, *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. Busatta, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell’“abortion rights adjudication” negli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2016, 806). L'esistenza di un precedente vincolante molto recente e tanto aderente al caso in decisione (sebbene gli estensori delle *dissenting opinion*, come vedremo, ne abbiano sostenuto l'intrinseca diversità sotto il profilo giuridico), è un elemento determinante sia per la soluzione raggiunta dai giudici, sia per l'inquadramento della questione entro il contesto di profonde contraddizioni e lacerazioni che la società statunitense sta oggi attraversando e di cui si è brevemente dato conto.

Così come la legge del Texas, il testo normativo della Louisiana si occupava di prevedere alcuni requisiti che le cliniche abortive e i medici in esse operanti avrebbero dovuto rispettare, fra cui, in particolare, essere titolari di *admitting privileges* in un ospedale distante non più di trenta miglia dall'ambulatorio. Tale requisito consiste, sostanzialmente, in una sorta di affiliazione che un medico può chiedere ad un ospedale, per effetto della quale ottiene un rapporto privilegiato con la struttura sanitaria per la cura dei propri pazienti. In caso di complicazioni insorte durante l'intervento, in altre parole, è possibile non solo trasferire la paziente direttamente nell'ospedale con il quale il medico è in contatto, ma quest'ultimo può anche occuparsi di curare direttamente la donna *in loco*, accedendo alle sale operatorie e ad ogni altro presidio che si rendesse necessario.

Sebbene lo scopo dichiarato della legge sia quello di garantire la sicurezza degli interventi per l'interruzione di gravidanza, essa ha in realtà l'effetto di rendere più complesso e difficile l'accesso all'aborto per le donne. Ottenere gli *admitting privileges*, infatti, non è operazione né semplice né automatica per i medici, dal momento che la decisione sul loro riconoscimento è ampliamento discrezionale per le strutture sanitarie alle quali viene richiesto (in termini critici cfr. D. Horvath-Cosper, *Setting a TRAP*.

How Women Are Harmed by Targeted Regulation of Abortion Provider Laws, in *Obstetrics & Gynecology*, 127, 2016, 114S). Queste prerogative, per esempio, possono essere attribuite da parte degli ospedali in base al numero di pazienti che un medico esterno riesce a “portare” alla struttura sanitaria per il ricovero e, considerata la bassa percentuale di complicazioni per gli interventi abortivi tali da richiedere l’ospedalizzazione, può essere anche molto difficile per un medico abortista riceverli (cfr. pp. 20 ss. dell’opinione di maggioranza della sentenza). Come ci sarà modo di sottolineare, inoltre, alcune strutture potrebbero rifiutare di accordarle anche sulla base dell’attività specifica svolta dal professionista richiedente, ossia il praticare interruzioni di gravidanza.

Subito dopo l’approvazione, l’entrata in vigore della legge era stata sospesa in via cautelare dalla corte federale distrettuale territorialmente competente, che aveva poi dichiarato l’incostituzionalità della legge. Lo stato aveva quindi presentato il proprio ricorso dinanzi alla U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, la quale aveva rovesciato la decisione di primo grado, sino all’approdo del caso alla Corte Suprema.

Quest’ultima ha scelto di rigettare il ricorso, giudicando la decisione della corte d’appello non conforme ai precedenti in materia e applicando il test elaborato nel caso *Casey* nel 1992 (*Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)), dimostrando come tale legge frapponga un ostacolo sostanziale (*substantial obstacle*) alla decisione della donna di interrompere la propria gravidanza e imponga, dunque, un onere eccessivo (*undue burden*) all’esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

Come si è già avuto modo di anticipare, la legge della Louisiana è la riproduzione quasi letterale di quella texana che, solo quattro anni prima, era stata dichiarata incostituzionale. La questione, dunque, non solo non è nuova per la Corte Suprema, ma non conduce nemmeno ad una pronuncia inattesa o rivoluzionaria. Eppure, è proprio questo dato a costituire il primo elemento di interesse del caso in commento. Come accennato, la sola scelta di trattenere il caso in decisione (nell’anno delle elezioni presidenziali), infatti, aveva destato attenzione poiché si temeva che l’esito della pronuncia avrebbe potuto essere diverso da *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, o avrebbe addirittura potuto minare la tenuta del diritto della donna a decidere sul proprio corpo, almeno nel primo trimestre della gravidanza, sancita a partire da *Roe v. Wade* nel 1973 (B. Winkler, *What About the Rule of Law? Deviation From the Principles of Stare Decisis in Abortion Jurisprudence, and an Analysis of June Medical Services L.L.C. v. Russo Oral Argument?*, 68 UCLA L. Rev. Disc. 14 (2020); A. Howe, *Symposium: Abortion debate returns to the Roberts Court*, in *SCOTUSblog*, 27.01.2020). Da questo punto di vista, in effetti, la sentenza in commento richiama ampiamente il precedente del 2016 e, non casualmente, l’opinione della maggioranza è stata redatta dal medesimo giudice, Breyer, che ne fu allora relatore.

2.1 – Vi è, poi, un ulteriore elemento di carattere processuale che merita di essere sottolineato. I ricorrenti in *June Medical Services v. Russo* sono tre cliniche abortive e due medici, che impugnano la legge sostenendo che essa impone un onere eccessivo sul diritto delle loro pazienti ad interrompere la gravidanza. Si tratta della prima questione che viene affrontata nell’opinione del giudice Breyer, il quale ritiene che i ricorrenti possano legittimamente impugnare una legge sostenendone l’incostituzionalità poiché viola non diritti propri, ma di terzi (i.e. le loro pazienti).

In numerosi precedenti, proprio in tema di aborto, ricorda Breyer, la Corte Suprema ha considerato ammissibili i ricorsi presentati dagli *abortion providers* per la tutela dei diritti delle donne; in casi come questo, in altre parole, può essere ammessa l’impugnazione da parte di soggetti che, pur non subendo direttamente il pregiudizio lamentato (in questo caso, l’*undue burden* nell’accesso all’aborto), hanno comunque un interesse alla dichiarazione di incostituzionalità. L’applicazione della legge impugnata,

infatti, produrrebbe effetti direttamente sui ricorrenti, con una ripercussione secondaria sui diritti di terze parti («we have generally permitted plaintiffs to assert third-party rights in cases where the enforcement of the challenged restriction *against the litigant* would result indirectly in the violation of third parties' rights», p. 14 dell'opinione di maggioranza della sentenza). Non è quindi la prima volta che interventi di questa guisa vengono accolti dalla Corte: non solo nel precedente di riferimento di questo caso, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, il ricorso venne presentato da un servizio abortivo, ma anche altre note decisioni su tali tematiche originarono da atti presentati da queste parti (*Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); sino a risalire al noto e già citato *Planned Parenthood v. Casey* del 1992).

Più in particolare, è utile rammentare – come avviene sia nell'opinione della maggioranza che nella *dissenting opinion* del giudice Thomas – la nota sentenza, *Craig v. Boren* 429 U.S. 190 (1976), che costituisce il precedente di riferimento per l'ammissione dei c.d. *third-party standing*. Il caso riguardava una legge dell'Oklahoma che prevedeva una differenza d'età a seconda del genere (diciotto anni per le donne, ventuno per gli uomini) nella possibilità di acquistare birra. La legge venne impugnata per la violazione della Equal Protection Clause del XIV emendamento (sull'importanza del caso per la definizione della giurisprudenza della U.S. Supreme Court sulle discriminazioni di genere cfr. L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'egualianza negli Stati Uniti d'America*, cit., 145). Ricorrenti, in quell'occasione, erano sia un uomo direttamente interessato dalle previsioni restrittive dell'atto normativo, sia una venditrice di alcolici. Quest'ultimo elemento consentì alla Corte ampliare la propria dottrina sulla legittimazione ad agire. Venne rilevato, infatti, che la donna, così come gli altri esercenti, subiva un danno economico dalla previsione normativa impugnata sotto il profilo della violazione della parità di genere. Di conseguenza, il collegio supremo affermò che attendere l'impugnazione della legge da parte di coloro che ne sono direttamente danneggiati reca con sé il rischio di generare contenziosi ripetitivi e dispendiosi in termini di tempo (*Craig v. Boren*, pp. 193-194). In questo modo, qualora il ricorrente possa dimostrare un nesso tra la violazione dei propri diritti e quelli di terze parti che questi contribuisce a sostenere attraverso la propria impugnazione, allora è ammessa, senza violazione della *case or controversy clause* ex art. III Cost., la legittimazione ad agire di soggetti indirettamente danneggiati dalla legge oggetto di giudizio. Nel caso qui in commento, richiamare questo precedente serve al giudice Breyer per giustificare l'ammissibilità del ricorso e per poter decidere nel merito.

Si tratta di un passaggio importante anche perché ampia parte delle opinioni dissenzienti (ad esempio, ben 14 pagine su 20 dell'opinione dissenziente del giudice Thomas sono dedicate a questo aspetto) ritorna sul punto, sostenendo che la Corte non avrebbe dovuto consentire il *third-party standing* alla base della decisione. A riguardo, già prima della pubblicazione della sentenza, la dottrina statunitense aveva segnalato che sarebbe stato quanto meno bizzarro per la Corte cambiare orientamento sull'ammissibilità di un ricorso da parte dei prestatori di servizi abortivi, a difesa della posizione delle donne, dal momento che si tratta di un orientamento più che consolidato nella giurisprudenza della Corte Suprema (P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent?*, cit., 36; più ampiamente v. H.P. Monaghan, *Third Party Standing*, 84 *Colum. L. Rev.* 277 (1984); R.H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 *Harv. L. Rev.* 1321 (2000)).

Il giudice Thomas, schierandosi apertamente e ampiamente contro l'ammissibilità del caso, coglie l'occasione per ricostruire, in punto di diritto, la nascita e l'evoluzione della dottrina del *third party standing* nella giurisprudenza della Corte Suprema. Secondo questo giudice, nel caso *June Medical Services v. Russo*, nessuno dei ricorrenti fa valere espressamente la lesione di un interesse "proprio", autonomamente o in collegamento con la violazione dei diritti delle donne; ne segue che invocare la mera

violazione della posizione di terzi sia lesivo dell'art. III Cost. e non possa, quindi, essere accolto dalla Corte.

Sebbene le argomentazioni sviluppate da questo giudice, e alle quali aderiscono anche gli altri dissenzienti, siano molto dotte in punto di diritto (richiamandosi all'origine del principio e risalendo la giurisprudenza della Corte Suprema sino all'inizio del ventesimo secolo), esse appaiono, tuttavia, deboli e non completamente condivisibili. Ciò che è certo è che ampliare progressivamente il *third party standing* significa accettare un progressivo mutamento nella funzione di controllo di costituzionalità della Corte, che – pur non abbandonando *in toto* il modello di controllo successivo e concreto cui appartiene – si apre ad ibridazioni e contaminazioni strumentali a garantire l'effettività dei diritti. Di fronte ad un mondo in continua evoluzione, nel quale le posizioni giuridiche sono sempre più complesse e articolate, una lenta evoluzione del controllo di costituzionalità, anche attraverso l'allargamento delle maglie della legittimazione ad agire, può rappresentare un importante adattamento all'emergere di nuove esigenze (i.e. un controllo sull'effettività dei diritti, piuttosto che sulla loro mera affermazione).

Al di là delle riflessioni di carattere sistematico, tuttavia, ciò che rende debole questa parte della *dissenting opinion* del giudice Thomas, a parere di chi scrive, è il dato fattuale. Da un lato, infatti, i ricchi e dettagliati *factual findings* riportati nell'opinione di maggioranza dimostrano che, in effetti, l'applicazione della legge condurrebbe alla chiusura delle cliniche abortive dello stato, con un ovvio danno economico e materiale per i ricorrenti. Dall'altro lato, ancor più semplicemente, è la forza stessa dei precedenti, peraltro tanto numerosi in materia di aborto, a suggerire che il *third party standing*, in casi come questo, è una via efficace per vigilare sull'effettività dei diritti delle donne, senza dover attendere – peraltro compromettendone le fragili posizioni – di costruire l'impugnazione a partire dalla vicenda di una donna a cui è stato negato il proprio diritto costituzionalmente riconosciuto.

2.2 – Venendo ora al merito della decisione, il giudice Breyer (che, come si è detto, era stato relatore anche della sentenza *Hellerstedt*) risolve la questione applicando il test elaborato dalla Corte Suprema nel caso *Casey*, in base al quale «A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus» (*Casey*, 877). Si tratta dello stesso *modus decidendi* precedentemente utilizzato in *Hellerstedt*, ove l'opinione di maggioranza della Corte aveva colto l'occasione per specificare e chiarire la portata dello standard.

Con riguardo a questo aspetto, va segnalato che i ricorrenti del caso in commento dimostrano in modo concreto gli effetti di un'eventuale applicazione della legge sul diritto delle donne ad abortire. La legge della Louisiana, Unsafe Abortion Protection Act, avrebbe, infatti, portato alla chiusura di quasi tutte le cliniche abortive dello Stato, tranne una. Come si evince dalla sentenza, tre delle cliniche attive non avrebbero potuto soddisfare il requisito degli *admitting privileges* e sarebbero state costrette a interrompere la loro attività. Una quarta clinica, invece, avrebbe potuto ottenere i requisiti richiesti, ma gli stessi medici avevano dichiarato che, qualora fossero rimasti a lavorare nell'unica clinica abortiva nel nord della Louisiana, avrebbero chiuso per l'impossibilità di soddisfare le richieste. Sarebbe quindi restata solo una clinica operativa a New Orleans, distante però oltre cinque ore d'auto da altre città del Paese e capace di rispondere solamente a circa il 30 % delle richieste annuali di interruzione di gravidanza dello stato. Questo è un elemento considerato con grande attenzione dell'opinione maggioritaria della Corte (pagine 32 e ss. della sentenza), poiché funge a dimostrare il *substantial obstacle* che si creerebbe sulle donne e le inevitabili iniquità per coloro che vivono in maggiori difficoltà sociali o economiche.

Dopo approfondita analisi e richiamando ampiamente il precedente *Hellerstedt*, quindi, la Corte suprema dichiara la legge incostituzionale.

2.3 – Come si è già anticipato, la sentenza si completa dell'opinione concorrente del Chief Justice Roberts e delle *dissenting opinions* dei giudici Thomas, Alito, Gorsuch e Kavanaugh. Di particolare interesse risulta essere proprio la prima, sia per essere stata determinante, nel merito, a salvaguardare il punto d'approdo della tutela dei diritti delle donne, sia per la costruzione dell'argomentazione. Il presidente della Corte, infatti, pur ribadendo la propria contrarietà alla soluzione che venne raggiunta dal collegio nel 2016 con la decisione *Hellerstedt*, nella quale egli fu redattore di un'estesa opinione dissenziente, afferma di non potersi discostare dal precedente, per rispetto del proprio ruolo e della funzione della Corte.

Le opinioni dissenzienti, come si è visto *supra*, dedicano invece ampio spazio alla questione preliminare relativa all'ammissibilità del ricorso, in termini di *third party standing* e, nel merito, criticano il precedente rappresentato tanto da *Hellerstedt*, quanto da *Casey*. Più analiticamente, il giudice Thomas, dopo aver ripercorso la giurisprudenza della Corte Suprema sul *third-party standing*, giungendo alla conclusione per cui il ricorso avrebbe dovuto essere stato dichiarato inammissibile in assenza della dimostrazione di una *legal injury* diretta da parte dei ricorrenti, prende in esame i precedenti relativi ai diritti riprodotivi, sin dal noto caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965). Viene, in particolare, criticato il principio affermato in *Roe*, a motivo dell'eccessiva estensione della Due Process Clause del quattordicesimo emendamento della Costituzione fino a ricomprendere il diritto della donna ad abortire, al punto da invocare la necessità di un *overruling* di quella sentenza e delle successive (pagina 14 della *dissenting opinion* di Thomas J.). In aggiunta, il giudice Alito – alle cui motivazioni aderisce parzialmente anche il giudice Kavanaugh – non condivide le conclusioni della maggioranza sugli *admitting privileges* che, a suo avviso, invece, raggiungerebbero lo scopo di garantire un più alto standard di sicurezza delle pazienti. In aggiunta, ritiene che lo *stare decisis* invocato dal Chief Justice Roberts non andasse applicato, dal momento che il caso *Hellerstedt* riguardava una legge già entrata in vigore, mentre in *June Medical Services* si discuteva del *pre-enforcement* della legge. Il giudice Gorsuch, infine, riprende pur sotto diversa prospettiva le criticità, sia in termini processuali che sostanziali, già sollevate dai colleghi.

4460

3. – La sentenza *June Medical Services v. Russo* si inserisce all'interno di un denso flusso di interventi legislativi in materia di aborto che, ormai da circa un decennio, sta attraversando gli Stati Uniti e che, molto frequentemente, è stato oggetto di interventi giurisdizionali. Nell'articolata dinamica che oppone i movimenti *pro-choice* e *pro-life*, infatti, molti legislatori statali di orientamento conservatore o vicini alle posizioni anti-abortiste hanno adottato testi normativi che limitano anche in modo significativo il diritto delle donne a interrompere la gravidanza. Come c'è stato modo di evidenziare altrove (L. Busatta, *Effettività dei diritti e dati scientifici*, cit.), queste leggi hanno avuto ad oggetto il divieto di abortire dopo un certo stadio della gravidanza, la previsione di obblighi aggiuntivi da eseguire prima dell'intervento oppure, infine, la previsione di specifici requisiti organizzativi e strumentali che le cliniche abortive e i medici in esse operanti devono rispettare. Le TRAP laws, generalmente, trovano una giustificazione espressa e formale nell'esigenza di garantire la sicurezza e l'adeguatezza degli interventi medici, pur mirando a ridurre, nei fatti, le possibilità di accesso all'aborto per le donne.

Sia il precedente *Hellerstedt*, sia il caso in commento hanno ad oggetto una di queste leggi, che segnatamente impone – come si è visto *supra* – l'obbligo per i medici che operano nelle cliniche abortive di avere gli *admitting privileges* presso un ospedale

distante non più di trenta miglia da queste ultime. Sebbene lo scopo dichiarato dal legislatore sia quello di assicurare la migliore assistenza sanitaria possibile alla donna che dovesse incorrere in una complicazione durante l'intervento, entrambe le sentenze – richiamando gli elementi di fatto presentati in giudizio – mettono chiaramente in luce come, da un lato, la scarsa percentuale di gravi eventi avversi durante gli aborti non giustifichi un requisito così severo e, dall'altro lato, il riconoscimento di tali prerogative non sia necessariamente correlato alla professionalità del medico.

La Corte valuta la legittimità della legge impugnata in base all'effetto che essa potrebbe avere sul diritto della donna a scegliere sulla propria gravidanza, applicando, come si è visto, il test elaborato nella sentenza *Casey*. Da questo punto di vista, la pronuncia si pone in perfetta linea di continuità con il precedente *Hellerstedt* e coglie l'occasione per precisarlo ulteriormente. La differenza essenziale tra i due casi, infatti, risiede in un elemento fattuale non di poco conto: la legge texana, al momento della pronuncia della Corte Suprema nel 2016, era entrata in vigore e aveva effettivamente determinato la chiusura di alcuni centri; l'efficacia della legge della Louisiana, invece, era stata giudizialmente sospesa in pendenza della decisione e, dunque, l'Act 620 non aveva mai prodotto effetti. Ciononostante, l'*evidence* portata all'attenzione della Corte e le argomentazioni utilizzate durante l'udienza si dimostrano più che sufficienti a convincere la Corte a confermare il caso. Gli *admitting privileges* non sono medicalmente necessari: l'insorgenza di complicazioni durante le interruzioni di gravidanza è molto rara e, comunque, qualora avvengano, esse si manifestano ad alcune ore di distanza dall'intervento, quando la donna è già tornata a casa. Ne segue che l'ospedale a meno di trenta miglia di distanza dalla clinica abortiva potrebbe non essere più quello più vicino (su questi elementi cfr. B. Winkler, *What About the Rule of Law?*, cit., 26 ss.).

Da una più ampia prospettiva, poi, pare rilevante osservare come la Corte Suprema adotti un approccio di *strict scrutiny*, evitando accuratamente di valutare sotto il profilo valoriale o morale la finalità della legge o le ragioni per la quale venne adottata. Al contrario, l'applicazione dell'*undue burden test* è assolutamente asettica: gli effetti della legge vengono attentamente soppesati e parametrati rispetto alla libertà della donna di decidere sul proprio corpo, sancita a partire da *Roe v. Wade*. Nulla dice la Corte sulla natura giuridica o costituzionale delle TRAP laws, né circa l'approccio paternalista che leggi restrittive sull'accesso all'aborto disvelano (questa fu l'impostazione seguita anche in *Hellerstedt*, su cui v. E. Chierigato, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive*, cit., 4; in termini più ampi R. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in 117 *Yale Law Journal* 1694 (2008)).

Ciò che il caso *Hellerstedt* ha messo in evidenza quattro anni fa è il dato per cui la questione dell'aborto negli Stati Uniti è tutt'altro che sopita. Anzi, ci si trova di fronte ad una nuova stagione di *abortion rights litigation*, nella quale le limitazioni al diritto delle donne vengono stabilite non tanto sul piano sostanziale (ossia vietando la pratica *tout-court*), quanto piuttosto in modo indiretto, cioè prevedendo requisiti difficili da soddisfare oppure aumentando gli esami clinici da affrontare (ciò era già stato messo in luce in L. Busatta, *Effettività dei diritti e dati scientifici*, cit.).

Lo *strict scrutiny* e la stretta aderenza al dato giuridico costituiscono l'approccio più corretto che la Corte Suprema deve seguire poiché il terreno su cui ci si muove è particolarmente delicato e incrocia la discrezionalità del legislatore in ambiti molto sensibili sotto il profilo politico e sociale. A questo riguardo, nella propria *dissenting opinion*, il giudice Alito sostiene che questo caso avrebbe richiesto un maggiore *self restraint* da parte della Corte, non solo per ragioni assiologiche, ma anche perché è il legislatore a poter svolgere le più adeguate valutazioni fattuali in ambiti scientificamente incerti (p. 8 della *dissenting opinion*). Nonostante si tratti di una posizione sicuramente ragionevole, non si può nemmeno negare che, nel caso di specie lo squilibrio tra *burden* e *benefits* provocato dall'intervento normativo impugnato sia

autoevidente: i *factual findings* raccolti dalla corte federale distrettuale e citati dal giudice Breyer sono proprio funzionali a dimostrare che, al di là di ogni valutazione di merito, determinare la chiusura di tutte le cliniche abortive (ad eccezione di una) di un intero stato, costringendo le donne a effettuare viaggi di oltre cinque ore per interrompere una gravidanza rappresenta un onere eccessivo che – sopra ad ogni ulteriore valutazione – non trova un’adeguata giustificazione in una pretesa esigenza di tutelare la sicurezza delle donne stesse.

Al contrario, indulgere in valutazioni valoriali, da parte del collegio dei nove, avrebbe significato divenire parte delle dinamiche oppostive che contraddistinguono la società e la politica statunitensi, di cui si è dato sopra conto (sono rischi di cui parla, sebbene in riferimento ad altro argomento, anche N.G. Cezzi, *I dissensi nel caso Obergefell*, in *Genius*, 2, 2015, 57). Ciò, però, renderebbe la Corte Suprema una delle parti del conflitto, facendole perdere il proprio ruolo di guardiano *super partes* del rispetto della Costituzione e, dunque, la propria legittimazione.

4. – Su tutto, merita però attenzione la *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. Come si è già anticipato, prima della pronuncia della Corte suprema, erano alti i timori di un *overruling* del precedente *Hellerstedt*.

La scelta di Roberts, perciò, è per più motivi degna di attenzione. Anzi tutto, bisogna ricordare che, ai tempi di *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, egli aderì alla *dissenting opinion* del giudice Alito, in base alla quale non risultava provato che fosse stata la legge texana a determinare la chiusura delle cliniche; di conseguenza, veniva meno il nesso causale alla base della dimostrazione dell’eccessivo onere previsto dal *Casey test*. In secondo luogo, è significativo il fatto che, anche in qualità di Chief Justice, Roberts richiami nella propria opinione l’importanza della coerenza della Corte Suprema, quale elemento che garantisce, dall’interno, l’integrità dell’istituzione e la sua credibilità e legittimazione dall’esterno.

Il Chief Justice compie quindi l’inaspettata decisione di divenire lo *swing vote* della Corte, aderendo all’opinione maggioritaria, pur con una *concurring opinion* e solo nell’esito finale, non nelle motivazioni (la dottrina statunitense ha già posto in evidenza che non è questa la prima volta, né sarà l’ultima, in cui il Chief Justice darà il voto decisivo per il giudizio, anche elaborando soluzioni inaspettate rispetto all’orientamento conservatore di cui non ha mai fatto segreto. Cfr. B. Pomerance, *The King in His Court: Chief Justice John Roberts at the Center*, in *Albany Law Review*, 83(1), 2020, 169).

Con una accurata e colta motivazione, Roberts spiega che principio alla base dello stato costituzionale di diritto di cui la Corte Suprema stessa è guardiana è lo *stare decisis*. L’aderenza al precedente rappresenta non solamente garanzia di integrità del collegio supremo, ma assicura anche parità del giudizio ed evita che l’opinione della Corte cambi a seconda della sua composizione («as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge’s opinion»), citando W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 69 (1765), *concurring opinion* del C.J. Roberts, p. 3). Al netto dell’oggetto della decisione e di quella che – probabilmente – può essere un’argomentazione strumentale a “salvare” il risultato sostanziale della decisione, senza che Roberts si associasse *in toto* alle motivazioni dei giudici *liberal*, non si può non rilevare l’importanza dell’affermazione del Presidente della Corte, soprattutto in un periodo storico in cui, ad ogni nuovo caso sull’aborto, si teme un *overruling* di *Roe v Wade* e di *Casey* e nel quale, più in generale, la credibilità delle istituzioni è continuamente contestata e messa in dubbio.

Per rafforzare la necessità di rispettare al precedente, il giudice Roberts cita anche il Federalist n. 78, nel quale – come si ricorderà – Hamilton raccomandava il rispetto dello *stare decisis* per evitare l’arbitrarietà del giudizio della Corte. Secondo

Roberts, insomma, non c'è modo per discostarsi dal precedente rappresentato dalla decisione *Hellerstedt* (a riguardo v. anche J. Schacter, *Symposium: June Medical and the many faces of judicial discretion*, in *SCOTUSblog*, 30.06.2020). Tale scelta, in definitiva, è dettata dalla necessità di rispettare la Corte, come istituzione e nel suo ruolo di guardiana della Costituzione. La legge texana imponeva esattamente lo stesso *undue burden* sulla scelta delle donne; la legge della Louisiana, che ne è quasi la copia perfetta, non può superare lo scrutinio della Corte Suprema, poiché si creerebbe un'iniquità non sanabile.

Secondo Roberts, infine, la forza del precedente è tale da superare anche il merito della decisione che viene nuovamente applicata: nello specifico, egli ricorda di aver espresso un'opinione dissenziente ai tempi di *Hellerstedt*, non concordando sul fatto che la legge texana influisse sulla libertà delle donne al punto di essere incostituzionale. Ciononostante, e pur ribadendo di non aver cambiato affatto idea dal punto di vista sostanziale rispetto ad allora, il valore del precedente e la necessità di assicurare la coerenza delle decisioni della Corte Suprema prevalgono anche sull'orientamento personale del giudice.

A ben vedere, non era del tutto inaspettato attendersi questo tipo di soluzione da parte del Presidente della Corte. Già in altre occasioni, le sue opinioni si erano distinte per lo stretto rigore giuridico, il ferreo e costante richiamo alla *rule of law*, tanto da fargli valere l'appellativo di *judicial conservative judge* (K. Brennan-Marquez, *The Philosophy and Jurisprudence of Chief Justice Roberts*, in *Utah Law Review*, 1, 2014, 137). Il suo conservatorismo, in altre parole, trascende il dato fattuale o la valutazione giurisdizionale circa lo spettro di discrezionalità politica spettante al legislatore in decisioni controverse dal punto di vista medico e valoriale (come in questo caso). Nelle sue opinioni, il dato giuridico e il rispetto dei principi alla base dell'ordinamento statunitense prevalgono spesso sulle considerazioni di merito (riguardo il rispetto del precedente da parte del giudice Roberts, v. anche P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent?*, cit., 38).

Quando, nel 2016, la giudice Ginsburg nella propria concisa *concurring opinion* nel caso *Hellerstedt* aveva veementemente tacciato di incostituzionalità le TRAP laws e, insieme ad esse, tutte le altre leggi che incrementano gli ostacoli all'aborto per le donne degli Stati Uniti, era stata decisamente profetica nell'affermare che, fin tanto che la Corte fosse rimasta coerente con i propri precedenti, i diritti delle donne sarebbero rimasti al sicuro (lo ricorda anche P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent?*, cit., 3-4).

La posizione assunta dal Chief Justice in questa decisione, così come in altre che, come si è accennato, toccano temi molto sensibili per la società statunitense, è utile a stabilizzare il ruolo della Corte Suprema, all'interno del processo dinamico e spesso divisivo che caratterizza la sensibilità politica e sociale negli Stati Uniti. È proprio questo dinamismo, bilanciato con la funzione della Corte, a rendere la Costituzione statunitense tanto vitale e duratura (N. Devins, *Shaping constitutional values: elected government, the Supreme Court, and the abortion debate*, Baltimore, 1996, 9). In una società poco incline a comporre i conflitti attraverso il metodo "compromissorio" che maggiormente caratterizza la cultura giuridica europea, la Corte Suprema assume un ruolo che va oltre la mera salvaguardia costituzionale, ma si erge quale baluardo a difesa del punto d'approdo delle garanzie individuali, al fine di evitare un arretramento nel livello di tutela dei diritti.

5. – A margine dell'analisi della pronuncia e di alcune considerazioni circa i profili di maggior interesse della stessa, in sede conclusiva possono essere sviluppate alcune riflessioni in chiave comparata.

5.1 – Il tema dell’aborto e delle legislazioni restrittive sui diritti delle donne, infatti, interessa con intensità variabile diversi ordinamenti. Negli ultimi anni, in particolare, oltre agli Stati Uniti e agli ordinamenti europei, anche in Sud America ci sono state significative novità giurisprudenziali e normative che hanno risvegliato anche in quel continente l’attenzione sui diritti riproduttivi (per una completa e recente ricostruzione di questa evoluzione nel continente sudamericano cfr. P. Bergallo, I.C. Jaramillo Sierra, J.M. Vaggione (a cura di), *El aborto en América Latina*, Buenos Aires, 2018). La periodica riproposizione al centro del dibattito sui diritti riproduttivi della questione dell’aborto, ormai a livello globale, dimostra che si tratta di un tema tutt’altro che risolto, tanto dal punto di vista sociale e valoriale, quanto sotto il profilo giuridico.

Pronunce come quella qui in commento, se raffrontate a quanto, sullo stesso tema, accade in altri ordinamenti, conducono a sviluppare una prima riflessione concernente lo spettro delle questioni in gioco. Mentre, infatti, vi sono Stati (come il Cile, che con la legge 21.030 del 23 settembre 2017 ha depenalizzato in alcune e limitate ipotesi l’aborto, oppure come la Nuova Zelanda, dove la nuova legge che consente di interrompere la gravidanza fino alla ventesima settimana ha ricevuto il Royal Assent il 23 marzo 2020) nei quali si affacciano ora le prime decisioni normative o giurisprudenziali che aprono, in determinate e limitate condizioni all’interruzione di gravidanza, in Paesi nei quali tali passaggi sono stati maturati già da alcuni decenni (come negli Stati Uniti o in alcuni ordinamenti europei, fra i quali quello italiano), la riflessione giuridica sull’accesso all’aborto si sposta su un piano parzialmente differente rispetto a quello della contrapposizione tra riconoscimento o divieto di accesso all’interruzione di gravidanza.

Il profilo che emerge dalla sentenza *June Medical Services v. Russo* e che presenta maggiori elementi di interesse per la riflessione comparata riguarda, però, l’effettività dei diritti. Anche gli ordinamenti europei, seppur con le variabili legate ad una diversa cultura dei diritti (S. Mancini, *Un affare di donne*, cit.) hanno, proprio in questi ultimi anni, affrontato le questioni collegate alle problematiche applicative delle leggi sull’interruzione di gravidanza e ad un ricorso all’obiezione di coscienza che, in alcuni casi, si è dimostrato strumentale a compromettere il funzionamento delle leggi sull’interruzione di gravidanza (con riguardo alla disciplina italiana sull’interruzione di gravidanza, si è ad esempio parlato di “sabotaggio” della legge per l’eccessivo ricordo all’obiezione di coscienza, cfr. G. Brunelli, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 841 ss., P. 823; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 141).

Le vicende italiane sono, forse, paradigmatiche delle tensioni interne che le decisioni sui diritti riproduttivi tengono vive, nonostante il nostro ordinamento si sia da oltre quarant’anni dotato di una legge che è diffusamente e condivisibilmente ritenuta inclusiva e rispettosa del pluralismo valoriale che connota la nostra società (si pensi alle due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, rese rispettivamente nel 2014 e nel 2016, *IPPF EN v. Italy* e *CGIL v. Italy*, che dimostrano proprio che, a prescindere dal dato normativo, i diritti si muovono sul filo dell’effettività. Per un commento cfr. B. Liberali, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 417). Il caso italiano non è per isolato; altri ordinamenti, in questi ultimi anni, stanno sperimentando tensioni simili, proprio in punto di effettività dei diritti (come ad esempio in Inghilterra: R. Scott, *Risks, Reasons and Rights: The European Convention on Human Rights and English Abortion Law*, in *Medical Law Review*, 24(1), 2016, 1).

Sembra, insomma, che negli Stati in cui si è arrivati da tempo al riconoscimento della possibilità di interrompere la gravidanza (a determinate condizioni, o seguendo

specifiche procedure) si stiano mettendo in discussione i punti di approdo raggiunti, nel livello di effettività di diritti, il cui riconoscimento ha, dovunque, una solida matrice costituzionale. A tal riguardo, si può con ogni probabilità parlare di una nuova era della *abortion rights adjudication*, nella quale giungono all'attenzione dei giudici testi normativi o prassi che hanno lo scopo di rendere più difficile compiere quanto la legge già pacificamente consente.

La battaglia non si gioca, dunque, sul riconoscimento dei diritti, ma sulla loro effettività. Su questa medesima linea si pongono anche recenti esperienze che caratterizzano alcuni ordinamenti dell'Europa dell'Est: in questi Paesi (si vedano, in particolare, Polonia, Repubblica Slovacca e Ungheria), a prescindere dal carattere più o meno restrittivo delle leggi nazionali sull'interruzione di gravidanza, si sta assistendo a tentativi di arretramento nel livello di garanzia per la libertà di scelta delle donne o a tentativi di inasprimento del dato normativo. Sebbene si tratti, complessivamente, di situazioni *in fieri*, rispetto alle quali, dunque, è difficile una valutazione completa, si può certamente osservare come l'abbassamento del livello di tutela di determinate posizioni soggettive possa compromettere il grado di rispetto di convenzioni e trattati internazionali cui questi Paesi hanno aderito (ad esempio, con riguardo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e ad eventuali condanne che potrebbero arrivare dalla Corte di Strasburgo, oppure rispetto alla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, alla Carta Sociale Europea, oppure a violazioni rilevabili dal Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, solo per fare alcuni esempi).

D'altro canto, non si può non registrare come, quasi in contemporanea, stiamo assistendo ad un (in alcuni casi tanto atteso) riconoscimento del diritto delle donne a scegliere sulla propria gravidanza, dopo una duratura tradizione di approccio decisamente preclusivo. Questo è certamente il caso della Repubblica d'Irlanda, ove – come si ricorderà – a seguito di un rivoluzionario referendum costituzionale nel 2018, il popolo ha scelto per il superamento della equiparazione tra diritto alla vita della donna e del feto e il parlamento ha dato attuazione alla novellata Costituzione con una legge. Simili dinamiche sono osservabili anche, come si è già accennato in molti Paesi dell'America Latina, nei quali a seguito di decisioni delle Corti supreme e costituzionali, i limiti all'aborto sono stati progressivamente abbattuti o, quantomeno, ridotti. Per questa serie di ordinamenti, dunque, si può parlare di una nuova stagione di riconoscimento dei diritti, a differenza di quella dell'effettività che stanno attraversando gli Stati sopra menzionati.

5.2 – Vi è, infine, un tema di più ampio spettro che traspare *in nuce* dalla decisione commentata e al quale qualche cenno è già stato fatto. Le decisioni sull'aborto, non solo negli Stati Uniti, ma in tutti gli ordinamenti appartenenti alla Western Legal Tradition, finiscono inevitabilmente per toccare le corde più sensibili dell'identità costituzionale e per qualificarsi come eccellenti paradigmi per illustrare il linguaggio dei diritti, ma anche per dimostrare la dinamicità della relazione tra discrezionalità politica e controllo giurisdizionale (si pensi che un celebre manuale statunitense di diritto costituzionale si apre proprio con l'analisi di *Roe v. Wade*, .C. Jackson, M. Tushnet, *Comparative constitutional law*, New York, 1999).

Quanto al primo profilo, basti osservare come il tema dell'aborto, più di altri, riesca a mettere in evidenza la profonda differenza tra il linguaggio costituzionale dei diritti di matrice europea e quello statunitense. Mentre in quest'ultimo, infatti, prevale sempre un'impostazione centrata sul diritto individuale e sulla sua tensione rispetto all'intervento statale, nella prima invece anche le decisioni su tematiche eticamente sensibili si spostano su un piano più sociale e relazionale. Sono le tensioni di cui si è dato conto nel paragrafo introduttivo che oltreoceano assumono inevitabilmente una

foggia oppositiva, all'esito della quale una posizione finisce per risultare sempre cedevole o addirittura soccombente rispetto a quella prevalente. Diversamente, nella prospettiva europea e, in particolar modo in quella continentale, l'obiettivo è la ricerca della composizione del conflitto attraverso soluzioni spesso compromissorie, ma tendenzialmente inclusive del pluralismo insito nella società. In questo modello, tuttavia, le tensioni non sono destinate a scomparire; al contrario, con esse si convive poiché tali dinamiche sono "regolate" entro un tessuto normativo pensato per riconoscere spazio a ciascun orientamento rientrante nell'arco costituzionale.

Con riguardo, infine, alla complessa relazione tra discrezionalità della decisione politica e sindacato giurisdizionale, il caso che qui si è commentato pare essere un ottimo esempio per illustrare come il giudizio della Corte Suprema sia rappresentativo delle difficoltà di comporre un conflitto forse ormai difficilmente sanabile e che solo attraverso un'argomentazione attenta al dato giuridico sia possibile individuare una strada utile a offrire la soluzione al caso concreto. Se, da un lato, è vero che con riguardo alla regolazione di materie che coinvolgono decisioni sui valori viene tradizionalmente riconosciuto un ampio spazio alla discrezionalità del legislatore, dall'altro resta ferma l'esigenza di assicurare comunque lo spazio per una verifica di compatibilità costituzionale delle decisioni assunte. Nella sentenza *June Medical Services*, la Corte Suprema ci dimostra di saper mantenere il punto d'equilibrio raggiunto nel livello di tutela dei diritti, in un ambito particolarmente sensibile e in un frangente temporale decisamente delicato a motivo, come si è detto, dell'incedere della campagna per le elezioni presidenziali. L'impatto di una decisione di segno opposto avrebbe potuto, infatti, destabilizzare completamente il dibattito pubblico e, anche sul piano giuridico, avrebbe senz'altro sollevato non poche critiche. Complessivamente, il raggiungimento di questo risultato non presta il fianco alle faziosità che stanno già ampiamente nutrendo il discorso pubblico negli Stati Uniti e dalle quali – occorre dirlo – non è detto che la Corte Suprema possa restare ancora a lungo esente (circa l'andamento della giurisprudenza della Corte Suprema nel primo biennio della presidenza Trump, cfr. le osservazioni presentate in R. Toniatti, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, in G.F. Ferrari (ed.), *The American Presidency under Trump*, cit., 65 ss.).

In questa sentenza, i giudici supremi mantengono le argomentazioni su un piano strettamente giuridico, senza indulgere apertamente in valutazioni assiologiche sull'utilizzo dello spazio discrezionale da parte del legislatore, elaborando un'opinione di maggioranza che soppesa attentamente i diritti in gioco e gli interessi che – dichiaratamente o meno – il legislatore si è prefisso di proteggere. Infatti, nel momento in cui si dimostri che l'intento apparentemente perseguito dal legislatore (in quel caso, la maggiore sicurezza delle donne) non corrisponde affatto a quanto realizzato con l'intervento normativo, allora, l'esercizio del potere politico perde il proprio fondamento e risulta irragionevole e incostituzionale.

In questa prospettiva, la scelta motivazionale del Chief Justice Roberts funge a dimostrare proprio che, al di là dell'orientamento valoriale del singolo (giudice o legislatore che sia), il rispetto dei principi a fondamento dello stato di diritto consente di assicurare l'equilibrio delle scelte e la tenuta dell'ordinamento nel suo insieme.

Lucia Busatta

Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Trento
lucia.busatta@unitn.it