

Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense

di Marta Fasan

Title: The role of the Supreme Court in the dialogue between law and politics. Remarks on the right to abortion in the U.S. legal system

Keywords: Right to abortion; Judicial review of legislation; Politics.

1. – L'inizio di settembre ha riportato all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti uno dei temi che, nell'ordinamento statunitense e non solo, hanno maggiormente animato il dibattito sociale, politico e giuridico negli ultimi anni: il *right to abortion*.

Il diritto delle donne ad accedere all'aborto rappresenta una delle questioni più controverse dal punto di vista giuridico nell'ordinamento statunitense e la cui disciplina è stata oggetto, nel corso del tempo, di un serrato confronto tra giudici e legislatori americani (per una ricostruzione della complessità e degli elementi più problematici che caratterizzano la disciplina giuridica del diritto all'aborto negli Stati Uniti si rimanda a L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in questa *Rivista*, 2020, 4453 ss.; M. Ziegler, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge (MA), 2015; M. Ziegler, *Abortion and the Law in America. Roe v. Wade to the Present*, Cambridge, 2020). A partire dalla nota sentenza del 1973 *Roe v. Wade*, la Corte Suprema ha riconosciuto tutela alla libertà della donna di abortire, affermando per la prima volta l'esistenza di un *right to abortion*, mutuato dal *right to privacy* e dalle garanzie offerte dal XIV Emendamento, e attribuendo lo status di diritto costituzionale ad una pratica medica che fino a quel momento era stata disciplinata dalla legislazione statale secondo una prospettiva fortemente restrittiva (tra i molti autori che hanno trattato il tema si vedano G. Bognetti, *Aborto (voce)*, in *Enciclopedia Treccani*, in www.treccani.it/enciclopedia/aborto_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/; A. Baraggia, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, 7 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, II, Torino, 2000, 105-107. In generale, sullo sviluppo del *right to privacy* nell'ordinamento statunitense, cfr. A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa*, Napoli, 2017).

La pronuncia su questo *leading case* da parte della Corte Suprema, in cui si è stabilita una netta prevalenza del diritto all'autodeterminazione della donna in merito alla sua salute riproduttiva fintantoché non abbia inizio il terzo e ultimo trimestre della gravidanza, non ha però trovato puntuale e uniforme

riconoscimento a livello di legislazione statale, accrescendo, invece, la tensione esistente tra il quadro elaborato dalla Corte Suprema e gli interventi normativi predisposti dai singoli legislatori statali in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Infatti, da un lato la Corte, pur avendo ridefinito alcuni aspetti riguardanti l'esercizio del *right to abortion* (così nel caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, oltre ad introdurre la condizione della *viability* quale criterio per consentire ai singoli Stati di introdurre divieti in relazione alle pratiche abortive, si è sostituito il parametro dello *strict scrutiny* con quello dell'*undue burden* per giudicare la legittimità delle leggi statali volte a limitare il diritto all'aborto), ha continuato a riaffermare i principi di diritto enunciati in *Roe v. Wade* e ad attenersi ad essi. Dall'altro lato, però, alcune leggi statali adottate in questo settore si sono caratterizzate, soprattutto negli ultimi anni, per la loro tendenza a restringere i margini d'azione finalizzati a garantire l'effettivo esercizio del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. E questo è stato reso possibile dall'introduzione di divieti di accesso all'aborto basati sullo stadio di avanzamento della gravidanza, imponendo specifici requisiti organizzativi per le cliniche abortive e per i loro operatori sanitari (si tratta delle Targeted Restrictions on Abortion Providers, c.d. *TRAP laws*, interventi normativi con cui i legislatori provvedono ad una limitazione del diritto all'aborto imponendo requisiti professionali e strutturali privi di una reale utilità. Per un approfondimento in merito cfr. D. Johnsen, *"TRAP"ing Roe in Indiana and a Common-Ground Alternative*, in *The Yale Law Journal*, 118, 2009, 1356 ss.; R. J. Mercier et al., *The experiences and adaptations of abortion providers practicing under a new TRAP law: a qualitative study*, in *Contraception*, 91, 2015, 507-512; *Targeted Regulation of Abortion Providers*, 01 settembre 2021, in www.guttmacher.org/state-policy/explore/targeted-regulation-abortion-providers) e stabilendo obblighi ulteriori, sia per i medici che per le donne, da osservare prima di procedere all'interruzione della gravidanza (questa tipologia di interventi normativi sono descritti in 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 ss.).

In questa direzione normativa si colloca, senza dubbio, anche il recente atto con cui il legislatore texano ha introdotto una nuova disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, fortemente restrittiva in termini di possibilità di accesso a tale pratica e su cui la Corte Suprema si è pronunciata con la sentenza *Whole Woman's Health v. Jackson* (*Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U. S., ____ (2021)), ponendo un ulteriore e rilevante tassello nella disciplina del diritto all'aborto.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare i contenuti di questa decisione, esaminandone i profili più critici e problematici, e di svolgere alcune riflessioni, in prospettiva comparata, sull'evoluzione della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza.

2. – Oggetto della decisione in commento è, per l'appunto, la legge dello Stato del Texas, Senate Bill n.8, *Texas Heartbeat Act* che stabilisce nuovi criteri e nuovo regime sanzionatorio per limitare fortemente l'interruzione volontaria di gravidanza all'interno del territorio dello Stato.

La legge in questione, approvata ad ampia maggioranza nel maggio 2021 ed entrata in vigore il 1 settembre 2021, si apre, innanzitutto, con una dichiarazione da parte del legislatore statale che assume particolare rilevanza nel contesto di questo intervento normativo. La *Section 2* dell'atto, infatti, afferma in modo indubbiamente esplicito come lo Stato del Texas non abbia mai abrogato, né espressamente né implicitamente, gli statuti statali emanati prima della sentenza *Roe v. Wade* che proibiscono e criminalizzano l'aborto ad eccezione dei casi in cui la

vita della madre sia in pericolo, venendo così, di fatto, a negare un qualsiasi tipo di vincolatività ai principi affermati dalla Corte Suprema nel noto *leading case*.

Dopo questa premessa, il testo normativo introduce gli elementi che maggiormente caratterizzano la nuova disciplina texana relativa all'interruzione volontaria di gravidanza. In primo luogo, si stabilisce un divieto generale in capo ai medici di realizzare consapevolmente pratiche abortive una volta che sia stata rilevata la presenza del battito cardiaco del nascituro o, in alternativa, nel caso in cui il medico non abbia ancora eseguito questo specifico esame, prevedendo quale unica eccezione al divieto la presenza di un'emergenza medica tale da rendere necessaria l'interruzione di gravidanza. La scelta di stabilire questo specifico limite all'esercizio del diritto all'aborto da parte delle donne texane, che di fatto impedisce la quasi totalità delle interruzioni volontarie di gravidanza già a partire dalla sesta settimana, si basa su quattro specifiche motivazioni che, secondo la posizione sostenuta dal legislatore, sono da considerarsi fondate sui più recenti sviluppi della scienza medica. Nello specifico, la legge sostiene che: i) il battito fetale sia diventato un elemento chiave dal punto di vista clinico per affermare che il feto resterà in vita fino al momento del parto; ii) l'attività cardiaca inizi ad un momento molto preciso dal punto di vista biologico, e cioè quando il cuore del feto si sia formato all'interno del sacco gestazionale; iii) il Texas abbia un interesse pubblico nel proteggere la salute della donna e la vita del nascituro fin dal momento iniziale della gravidanza; iv) che la donna, per realizzare una scelta informata in merito all'opportunità di portare avanti la gravidanza, abbia un rilevante interesse a sapere che la presenza dell'attività cardiaca fetale determina la probabilità che il nascituro sopravviva fino alla nascita a termine.

Tralasciando le considerazioni che sarebbe opportuno svolgere anche sulla reale scientificità delle motivazioni poste alla base di questa scelta legislativa (infatti, la presenza del battito fetale a partire dalla sesta settimana di gestazione non viene considerato unanimemente dalla comunità medica un fattore realmente indicativo della sopravvivenza del feto fino al momento della nascita. Anzi, la maggior parte dei professionisti sanitari ritiene che alla sesta settimana di gravidanza non sia nemmeno possibile parlare tecnicamente già di battito cardiaco fetale, ma che si debba invece più propriamente fare riferimento alla presenza di attività elettrica embrionale di natura cardiaca. Tra i molti pareri espressi sul punto, si veda D. P. Evans, S. Narasimhan, *A narrative analysis of anti-abortion testimony and legislative debate related Georgia's fetal "heartbeat" abortion ban*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 1, 2020, 215 ss.; The American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG), *ACOG Opposes Fetal Heartbeat Legislation Restricting Women's Legal Right to Abortion*, 18 gennaio 2017, in www.acog.org/news/news-releases/2017/01/acog-opposes-fetal-heartbeat-legislation-restricting-womens-legal-right-to-abortion), pare opportuno soffermarsi su un ulteriore elemento critico introdotto dalla nuova disciplina e che, a differenza del criterio del battito cardiaco fetale, al momento rappresenta un *unicum* tra le diverse legislazioni statali riguardanti l'interruzione volontaria di gravidanza (per una panoramica aggiornata degli interventi legislativi statali in questo settore nell'ordinamento statunitense si rimanda a L. Busatta, M. Tomasi (a cura di), *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, in www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Abortion-rights-negli-Stati-Uniti). Infatti, il *Texas Heartbeat Act* stabilisce un nuovo e peculiare meccanismo di applicazione del divieto di aborto a partire dalla sesta settimana, affidando questa funzione all'istituto della *private civil enforcement action*. Secondo le nuove *Sections 171.207 e 171.208* dell'*Health and Safety Code* dello Stato del Texas, qualsiasi privato cittadino, che non sia un funzionario o un dipendente di un ente governativo statale o di un ente governativo locale, ha il potere di intentare un'azione civile contro qualsiasi persona che realizzi, aiuti o favorisca (anche solo dal punto di vista economico) il compimento di un aborto in violazione della nuova legge texana, e ciò

indipendentemente dal fatto che il soggetto sia a conoscenza dell'esistenza di un simile divieto o che egli voglia realmente e concretamente impegnarsi nella realizzazione di tale condotta. Inoltre, la legge stabilisce che nel caso in cui venga riconosciuta una violazione dei divieti introdotti gli organi giudiziari, non solo siano tenuti ad adottare un provvedimento ingiuntivo tale da impedire al convenuto lo svolgimento di attività finalizzate alla realizzazione di partiche abortive, ma debbano anche riconoscere al privato cittadino querelante almeno 10.000 dollari quali *statutory damages* per ogni aborto eseguito o agevolato dalla persona citata in giudizio (*Sec. 171.208*). In questo modo, il *Texas Heartbeat Act* arriva, in modo molto esplicito, ad escludere i funzionari pubblici da qualsiasi responsabilità in merito all'*enforcement* dei divieti introdotti, garantendo comunque l'applicazione degli stessi grazie alla promessa di un risarcimento compensatorio per qualsiasi persona che intenda denunciare la violazione delle nuove disposizioni di legge (per un commento al contenuto della legge texana e alle problematiche giuridiche poste cfr. H. M. Wasserman, C. W. Rhodes, *Solving the Procedural Puzzles of Texas' Fetal-Heartbeat Law and its Imitators: the Potential for Defensive Litigation*, in *FIU Legal Studies Research Paper Series*, 21-26, 2021, 2 ss.; Y. Ergas, *L'aborto in Texas e lo stato di terrore*, 15 settembre 2021, in www.ingegnere.it/articoli/aborto-texas-e-stato-di-terrore).

Appare dunque evidente che l'impostazione normativa adottata dal legislatore texano rappresenti un *unicum* tra le diverse discipline giuridiche in materia di aborto vigenti nell'ordinamento statunitense. L'introduzione di disposizioni così fortemente restrittive non si limita, infatti, a ridurre le possibilità di accesso alle procedure di interruzione volontaria di gravidanza ma rende di fatto impossibile per le donne texane l'esercizio del loro diritto costituzionale all'aborto, vanificando i principi e le tutele riconosciute dalla giurisprudenza della Corte Suprema anche in tempi recenti (come, ad esempio, nelle due sentenze *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* e *June Medical Services LLC v. Russo*. In commento ai più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *right to abortion* si veda, *ex multis*, A. Baraggia, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 1 ss.; L. Busatta, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, cit.; M. Goodwin, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, 2, 2017, 340 ss.; 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 v. Russo Oral Arguments*, in *UCLA Law Review*, 01 maggio 2020, in www.uclalawreview.org/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-arguments/; L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, cit.; M. Spindelman, *Embracing Casey: June Medical Services LLC v. Russo and the Constitutionality of Reason-Based Abortion Bans*, in *Georgetown Law Journal Online*, 109, 2020, 115 ss.).

3. – Questi elementi hanno spinto un gruppo di professionisti sanitari, e non solo, impegnati nell'erogazione di servizi di interruzione volontaria di gravidanza a presentare istanza alle corti locali (nello specifico davanti alla *U. S. District Court* e alla *Fifth Circuit Court of Appeals*), affinché si procedesse in via emergenziale ad una sospensione dell'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act*. Tuttavia, il rifiuto da parte delle corti di esaminare la questione in via prioritaria, sospendendone la trattazione (come evidenziato puntualmente in *Whole Woman's Health et al. v. Jackson, Emergency application to Justice Alito for writ of injunction and, in the alternative, to vacate stays of District Court Proceedings*, No. 21A, 9 ss.) ha portato i

ricorrenti a richiedere l'intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti, domandando a quest'ultima la sospensione, sempre d'emergenza, dell'entrata in vigore della legge texana o, in alternativa, l'annullamento della sospensione dei procedimenti giudiziari instaurati davanti alle Corti competenti.

Nello specifico, i ricorrenti presentano un articolato insieme di motivi a sostegno delle proprie istanze. Per quanto concerne la richiesta di sospensione del *Texas Heartbeat Act*, i ricorrenti sottolineano come, in primo luogo, il ricorso proposto rispetti i requisiti richiesti affinché la Corte Suprema possa emanare un'ingiunzione sospensiva alla luce di quanto stabilito dall'*All Writs Act*, 28 U.S.C. § 1651(a) e dagli stessi precedenti della Corte. In particolare, richiamando la recente sentenza *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* (*Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141, S. Ct. 63, 65-66 (2020)) e la più risalente *Ohio Citizens for Responsible Energy, Inc. v. Nuclear Regul. Comm'n.* (*Ohio Citizens for Responsible Energy, Inc. v. Nuclear Regul. Comm'n.*, 479 U.S. 1312, 1312 (1986)) i ricorrenti evidenziano come: la richiesta di *writ of injunction* promossa davanti alla Corte abbia ad oggetto un'istanza con elevata probabilità di essere accolta rispetto a quanto sostenuto, invece, dalle controparti; il rigetto della richiesta presentata determinerebbe un pregiudizio irrimediabile per i soggetti interessati dall'entrata in vigore della legge contestata; l'accoglimento del provvedimento ingiuntivo non danneggerebbe l'interesse pubblico; i diritti oggetto della questione siano indiscutibilmente chiari ed individuati; le circostanze in cui si colloca il ricorso siano critiche e urgenti; e, infine, come l'accoglimento della richiesta presentata rappresenti uno degli strumenti più appropriati per garantire il rispetto della giurisdizione della Corte in riferimento alla tutela dei diritti costituzionali.

Nelle argomentazioni presentate a supporto dell'effettivo rispetto dei requisiti richiesti per l'*injunctive relief* da parte della Corte, i ricorrenti, in primo luogo, sostengono che la scelta delle Corti d'appello di sospendere le decisioni riguardanti il *Texas Heartbeat Act* porterà il Texas ad essere il primo Stato a dare applicazione ad un divieto all'interruzione volontaria di gravidanza che si colloca ampiamente prima del limite riconosciuto della *viability* del feto. E questo avverrà non solo in violazione di oltre cinquant'anni di precedenti elaborati dalla Corte Suprema in materia, ma anche in un momento in cui la stessa Corte è chiamata ad esprimersi proprio sulla legittimità costituzionale dei divieti posti prima del termine della *viability* (il riferimento è al caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, attualmente pendente davanti alla Corte Suprema e riguardante la legge del Mississippi che introduce un divieto di interruzione volontaria di gravidanza a partire dalla quindicesima settimana di gravidanza). La Corte sarebbe quindi chiamata ad intervenire, come d'altro canto è già avvenuto in passato, per evitare che si verifichi una violazione del diritto federale e dei diritti costituzionalmente riconosciuti e tutelati.

In secondo luogo, i ricorrenti sottolineano come l'avvicinarsi dell'entrata in vigore della legge texana renda quanto più urgente l'intervento della Corte, dal momento che in tempi estremamente rapidi (nello specifico, l'entrata in vigore della nuova disciplina in materia di aborto era prevista per il 1 settembre 2021, due giorni dopo rispetto alla data in cui i ricorrenti si sono rivolti alla Corte Suprema) le donne texane potrebbero non essere più nelle condizioni di esercitare il loro diritto fondamentale all'aborto. Inoltre, la durata stessa della gestazione impedirebbe di attendere l'esame delle istanze presentate già davanti alle Corti d'appello, dal momento che la durata media di un giudizio d'appello supera di gran lunga il tempo di una normale gravidanza e si rischierebbe, quindi, di non essere in grado di fornire adeguata tutela ai diritti delle donne che si trovino già in stato di gravidanza all'entrata in vigore della legge e che si vedano private della possibilità di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza.

In terzo luogo, i ricorrenti affermano che tra la richiesta di sospendere l'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act* e la richiesta di rigetto della questione portata avanti dai convenuti debba prevalere la prima, in quanto, diversamente, si verificherebbe un pregiudizio irrimediabile non solo per le donne texane, che si vedrebbero completamente private di un loro diritto fondamentale (in particolare i ricorrenti evidenziano come questa privazione riguarderebbe già circa l'85-90% delle donne texane che hanno manifestato la propria volontà di interrompere la gravidanza), ma anche per i ricorrenti stessi e per la loro categoria professionale, dal momento che la nuova legge impedirebbe loro di esercitare la propria attività professionale, portando ad un pregiudizio economico di natura rilevante. E questo si realizzerebbe in un contesto in cui, invece, la sospensione dell'entrata in vigore della legge texana non arrecherebbe alcun pregiudizio irrimediabile ai convenuti, né all'interesse pubblico, dal momento che si manterrebbe lo status quo giuridico precedente in attesa che si concludano i procedimenti instaurati davanti alle corti.

Infine, i ricorrenti ribadiscono come l'istanza di provvedimento ingiuntivo presentata costituisca lo strumento giuridico più opportuno affinché sia garantito il rispetto delle competenze giurisdizionali della Corte Suprema. Infatti, come per altro già ribadito nelle motivazioni precedenti, la mancata sospensione dell'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act* priverebbe la Corte degli strumenti e dei poteri necessari a garantire il rispetto dei diritti costituzionali delle donne che si trovino ad essere colpite direttamente dagli effetti prodotti da questa nuova disciplina, dal momento che i tempi processuali richiesti per una valutazione in appello o per un controllo di costituzionalità della legge rischierebbero di vanificare del tutto la possibilità di queste donne di poter ancora accedere alle pratiche abortive (così puntualmente sottolineato in *Whole Woman's Health et al. v. Jackson, Emergency application to Justice Alito for writ of injunction and, in the alternative, to vacate stays of District Court Proceedings*, cit., 27, dove, richiamando i precedenti *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 125 (1973) e *Nken v. Holder*, 556 U.S. 418, 421 (2009), i ricorrenti evidenziano l'incompatibilità temporale tra la durata di un procedimento giudiziario e quella di una gravidanza, qualora si tratti di garantire l'esercizio di diritti azionabili solo in presenza di uno stato di gravidanza).

Per quanto concerne, poi, la richiesta alternativa di annullamento della sospensione dei procedimenti giudiziari instaurati davanti alle Corti d'appello competenti, anche questa si fonda, in primo luogo, sulla necessità di evitare che l'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act* provochi un pregiudizio irrimediabile ai ricorrenti e alle donne texane, secondo quanto già indicato nelle motivazioni dell'istanza di sospensione della legge.

In secondo luogo, i ricorrenti evidenziano come la richiesta di annullamento debba essere accolta dalla Corte Suprema in quanto la decisione in sede di appello di sospendere lo svolgimento dei procedimenti pendenti rappresenterebbe un'errata applicazione degli standard di giudizio normalmente applicati nella giurisprudenza statunitense. Infatti, nel caso di specie la sospensione del procedimento non persegue il tradizionale obiettivo di garantire la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti durante la pendenza del giudizio, bensì diventa strumentale all'entrata in vigore di una legge che si pone in aperta violazione dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento costituzionale statunitense. Inoltre, i ricorrenti sottolineano come l'annullamento della sospensione del procedimento consentirebbe a tutte le parti coinvolte in giudizio di presentare le proprie istanze e le relative argomentazioni davanti ai giudici competenti a decidere delle questioni prospettate.

Infine, i ricorrenti sostengono che l'istanza di annullamento della sospensione dovrebbe essere accolta per preservare la possibilità che la Corte possa esprimersi, secondo le sue competenze, sulle decisioni prese dalle Corti texane in merito al *Texas Heartbeat Act*. La previsione di un divieto di interruzione volontaria della gravidanza a partire dalla sesta settimana di gestazione, e quindi circa quattro

mesi prima che si presenti la condizione della *viability* del feto, dovrebbe porre, secondo i ricorrenti, la Corte Suprema nella condizione di valutare la legittimità costituzionale della scelta politica e legislativa effettuata dal legislatore texano, dal momento che un simile divieto si pone in aperto contrasto con la giurisprudenza elaborata dalla Corte in questa materia. Infatti, a dimostrazione dell'importanza di un giudizio di questo tipo da parte della Corte, i ricorrenti evidenziano come la Corte Suprema stessa abbia già garantito la possibilità di valutare se i divieti di interruzione volontaria della gravidanza posti prima del momento della *viability* siano incostituzionali (in questo caso il riferimento è al caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 2021 WL 1951792 (U.S. May 17, 2021)). In aggiunta a questi elementi, i ricorrenti evidenziano come la Corte Suprema possa avere interesse a giudicare la legittimità costituzionale della legge texana anche per esprimersi sulla possibilità che uno Stato possa aggirare il potere di controllo della Corte sulle leggi statali creando un sistema di *enforcement* della legge e delle sue disposizioni interamente affidato a soggetti privati (nello specifico, il sistema di *enforcement* elaborato dalla nuova legge texana si tradurrebbe in una violazione della nota *Ex parte Young doctrine*. Tale dottrina, elaborata nel 1908 dalla Corte Suprema nella decisione riguardante l'omonimo caso (*Ex parte Young*, 209 US 123 (1908)), stabilisce un'eccezione all'immunità statale prevista dal XI Emendamento rispetto alle azioni giudiziarie intraprese dai cittadini statunitensi e non contro gli Stati federati. In particolare, in base alla *Ex parte Young doctrine* i funzionari statali che diano attuazione a disposizioni normative incostituzionali devono ritenersi assoggettati alla giurisdizione federale, e quindi esclusi dalla clausola di immunità del XI Emendamento, garantendo in questo modo il rispetto del diritto costituzionale federale e dei diritti costituzionali tutelati a livello federale alla luce del XIV Emendamento. Per alcuni riferimenti generali alla *Ex parte Young doctrine* si veda J. A. Barron, C. T. Dienes, *Constitutional Law*, St. Paul (MN), 2003, 17 ss.; J. E. Pfander, J. P. Wentzel, *The Common Law Origins of Ex parte Young*, in *Stanford Law Review*, 72, 2020, 1269 ss. Per un riferimento ai contenuti di questa dottrina in relazione alle novità applicative introdotte dalla nuova legge texana sull'aborto cfr. I. 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*, 15, 2021, E1-E2).

4. – La Corte Suprema degli Stati Uniti si è espressa sulle istanze presentate dai ricorrenti, con una sentenza che, seppur non particolarmente articolata nell'opinione di maggioranza, solleva numerosi profili di rilievo ed alcuni elementi di criticità, come ampiamente sottolineato nelle *dissenting opinions* che completano il contenuto della decisione.

Con la sentenza *Whole Woman's Health v. Jackson* la Corte Suprema rigetta le istanze di provvedimento ingiuntivo e, in alternativa, di annullamento della sospensione dei procedimenti giudiziari presentate dai ricorrenti. Le ragioni del mancato accoglimento vengono illustrate dai giudici nell'opinione di maggioranza e vengono ricondotte a due elementi specifici.

In primo luogo, la Corte sottolinea come i ricorrenti non abbiano soddisfatto l'onere di prova previsto per l'accoglimento delle istanze presentate, non riuscendo quindi a dimostrare le probabilità di successo delle proprie richieste nel merito, la presenza di un danno irrimediabile in assenza di un intervento della Corte, la prevalenza delle istanze presentate in una dimensione di bilanciamento con le altre azioni esperibili in questo contesto e che le richieste di provvedimento ingiuntivo e di annullamento siano coerenti con la tutela dell'interesse pubblico.

In secondo luogo, i giudici di maggioranza riconoscono che il ricorso in esame presenti numerose questioni rilevanti in riferimento alla legittimità costituzionale del *Texas Heartbeat Act*, sottoponendo all'attenzione della Corte

anche profili procedurali complessi e nuovi. Tuttavia, anche in merito a questi aspetti, i ricorrenti non sarebbero riusciti a dimostrare sufficientemente quanto essi possano incidere sugli interessi coinvolti nel caso in oggetto, giustificando, di conseguenza, l'intervento della Corte Suprema. In particolare, i giudici evidenziano come alle corti federali siano attribuiti poteri ingiuntivi solo nei confronti dei soggetti incaricati di dare attuazione alle leggi e non rispetto all'esecuzione delle leggi in sé, come recentemente ribadito dalla Corte nella decisione relativa al noto caso *California v. Texas* (nell'esprimersi in merito alla legittimità costituzionale dell'*Affordable Care Act*, la Corte Suprema, infatti, ha più volte affermato come il potere ingiuntivo riconosciuto alle corti possa essere esercitato solo in riferimento ai funzionari statali incaricati di dare attuazione alle leggi statali e non per dare esecuzione direttamente alle stesse. Cfr. *California v. Texas*, 593 U. S. __, __ (2021)). Alla luce di tale principio, la Corte sottolinea, quindi, come nel ricorso oggetto d'esame non sia chiaro se i convenuti possano o vogliano dare attuazione alla legge texana contro i ricorrenti in un modo che possa permettere l'intervento della stessa. Oltre a questo profilo, i giudici di maggioranza ribadiscono tre ulteriori elementi da tenere in considerazione nel valutare quali soggetti abbiano concretamente il potere di dare attuazione alla legge oggetto di giudizio. Innanzitutto, viene rimarcato che lo Stato del Texas ha già dichiarato esplicitamente di non avere l'autorità, e così nemmeno i suoi funzionari di Stato, per dare esecuzione direttamente o indirettamente alle disposizioni contenute nel *Texas Heartbeat Act*; in secondo luogo, viene precisato come non sia chiaro se, in base ai precedenti esistenti, la Corte Suprema possa adottare un provvedimento ingiuntivo nei confronti dei giudici statali chiamati a decidere in merito ai ricorsi riguardanti la legge texana; infine, viene ricordato che l'unico privato cittadino convenuto in questo giudizio ha già presentato un *affidavit* in cui dichiara di non avere intenzione di dare esecuzione al *Texas Heartbeat Act* (cfr. *Whole Woman's Health v. Jackson*, cit., 2)

In base a tutti questi elementi, la Corte, quindi, dichiara che i ricorrenti non sono stati in grado di dimostrare e di provare sufficientemente la prevalenza delle loro ragioni rispetto alle istanze presentate, rigettando, di conseguenza, le richieste di provvedimento ingiuntivo e di annullamento della sospensione dei procedimenti giudiziari instaurati di fronte alle corti texane.

4.1. – Questa decisione, che rigettando il ricorso presentato in via emergenziale ha di fatto consentito l'entrata in vigore del contestato *Texas Heartbeat Act*, ha suscitato numerose perplessità e preoccupazioni, anzitutto in seno alla stessa Corte Suprema. L'opinione di maggioranza è, infatti, corredata dalle quattro *dissenting opinions* dei giudici Roberts, Breyer, Sotomayor e Kagan, la cui analisi permette già di evidenziare gli aspetti più critici della sentenza in commento.

Innanzitutto, i giudici dissenzienti concordano nel ritenere che il meccanismo di *enforcement* previsto dalla legge texana non possa essere semplicemente e superficialmente ridotto a un insieme di «*complex and novel antecedent procedural questions*», ma, invece, debba essere oggetto di un giudizio attento e approfondito in ragione delle conseguenze che ne possono derivare. Come chiaramente illustrato dal Chief Justice Roberts, la scelta del legislatore texano di delegare a qualsiasi cittadino il compito di garantire la corretta esecuzione e attuazione del nuovo divieto in materia di interruzione volontaria di gravidanza sembra espressione di una chiara volontà di escludere lo Stato del Texas da qualsiasi responsabilità legata all'adozione di questa disciplina, ottenendo così il risultato di eludere il controllo giudiziario esercitato a livello federale e il rispetto dei principi e dei diritti costituzionali tutelati dall'ordinamento federale statunitense (tale aspetto viene evidenziato con maggiore enfasi nella *dissenting opinion* della giudice Sotomayor).

Proprio per queste ragioni, il Chief Justice Roberts esprime il proprio dissenso rispetto all'opinione di maggioranza, ritenendo che l'accoglimento delle istanze dei ricorrenti e la sospensione dell'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act* avrebbero consentito il mantenimento dello status quo giuridico, permettendo, quindi, alle corti di valutare la legittimità del meccanismo di *enforcement* stabilito, di esaminare l'applicabilità della *Ex parte Young doctrine* al caso di specie e di ascoltare le argomentazioni delle parti nelle sedi a ciò predisposte (questo ultimo punto viene pienamente condiviso anche dai giudici Breyer e Sotomayor).

Oltre a questi aspetti, nelle *dissenting opinions* trovano spazio alcune rilevanti considerazioni in merito ai contenuti dispositivi del *Texas Heartbeat Act* e agli effetti prodotti dagli stessi sui diritti e sui principi costituzionali elaborati dalla Corte Suprema in materia di interruzione volontaria di gravidanza. In particolare, i giudici Breyer e Sotomayor, nel discostarsi dall'opinione di maggioranza, sottolineano come la scelta di permettere l'entrata in vigore della nuova legge texana rappresenti un danno grave, imminente e irrimediabile per i ricorrenti. Il divieto introdotto dalla legge rappresenta, infatti, una chiara violazione del diritto costituzionale federale di ogni donna ad avere accesso all'aborto durante la prima fase della gravidanza, dal momento che i precedenti elaborati dalla Corte Suprema in questa materia vietano in modo assoluto agli Stati di porre qualsiasi forma di veto all'esercizio da parte delle donne del loro diritto ad accedere all'aborto nel primo trimestre della gravidanza (il riferimento è non solo alle note e già menzionate sentenze *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* e *Roe v. Wade*, ma anche alla più recente decisione *June Medical Services L. L. C. v. Russo*, in cui la Corte Suprema ha ribadito la validità del principio che vieta allo Stato di imporre un onere eccessivo alle donne che vogliano accedere all'interruzione volontaria di gravidanza prima che si realizzino le condizioni per la *viability* del feto). E tale divieto, in base a quanto affermato dalla stessa Corte in *Planned Parenthood of Central Mo. V. Danforth*, deve considerarsi esteso anche a quei casi in cui lo Stato deleghi ad una qualsiasi persona il potere di limitare il diritto della donna ad accedere all'interruzione di gravidanza nel periodo indicato. In base a questi elementi, il *Texas Heartbeat Act*, contravvenendo ai principi costituzionali affermati dalla Corte Suprema, rappresenta un innegabile danno non solo per le donne texane, a cui di fatto viene impedito *tout court* l'accesso alle pratiche abortive, ma anche per i professionisti sanitari impiegati nello svolgimento di questa pratica medica, dal momento che essi si troveranno costretti ad interrompere la propria attività professionale in ragione delle nuove conseguenze giuridiche riconducibili alla realizzazione di interruzioni di gravidanza in Texas. Per questi motivi, l'eccezionalità del meccanismo di *enforcement* previsto dalla legge texana non deve in alcun modo assumere rilievo nelle valutazioni espresse a fronte del danno causato ai diritti costituzionali delle persone. In questo contesto, infatti, la Corte dovrebbe evitare che l'insolita ampiezza e indeterminatezza della categoria di soggetti incaricati di dare esecuzione e attuazione alla legge, e di conseguenza la difficoltà ad individuare chi sia la controparte in un ricorso come quello oggetto di decisione, si traduca in una negazione del diritto delle persone ad ottenere un rimedio giudiziario nel caso in cui siano stati violati i loro diritti costituzionali tutelati dall'ordinamento. E tali riflessioni assumono ancor più rilievo se si considera che in contesti simili la Corte ha accordato tutela ai diritti costituzionali minacciati dalla futura entrata in vigore di nuove disposizioni normative, anche a fronte di danni meno gravi rispetto a quelli prospettati dal *Texas Heartbeat Act* (così evidenziato con maggiore attenzione nell'opinione espressa dal giudice Breyer, facendo riferimento ai precedenti della Corte *Virginia v. American Booksellers Assn., Inc.*, 484 U. S. 383, 392-393 (1988), *Babbitt v. Farm Workers*, 442 U. S. 289, 298 (1979) e *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, 573 U. S. 149, 164 (2014)).

Infine, un'ultima ma non meno importante considerazione viene espressa dalla giudice Kagan, la quale dedica la propria *dissenting opinion* all'uso delle decisioni c.d. *shadow docket* – prive della discussione orale – da parte della Corte Suprema. La giudice, infatti, critica duramente l'uso di questa tipologia di decisioni, evidenziando come nel caso in oggetto risulti particolarmente chiaro quanto esse si discostino eccessivamente dai principi giuridici che regolano lo svolgimento dei processi d'appello. Nonostante l'importanza delle conseguenze prodotte da questa sentenza per il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza in Texas, la maggioranza dei giudici della Corte ha scelto in questa occasione non solo di esaminare frettolosamente le argomentazioni più sommarie presentate dalle parti, ma non si è nemmeno preoccupata di motivare le ragioni in base alle quali ha ritenuto «(...) *that a challenge to an obviously unconstitutional abortion regulation backed by a wholly unprecedented enforcement scheme is unlikely to prevail*» (*Whole Woman's Health v. Jackson*, cit., Kagan J., *dissenting*, 1-2). E tali aspetti, secondo la giudice Kagan, devono ritenersi emblematici di un modo di decidere della Corte Suprema che ogni giorno diventa sempre più irragionevole, incoerente e impossibile da difendere, minacciando la credibilità stessa dell'operato di questo organo giudiziario (ciò quanto espresso in *Whole Woman's Health v. Jackson*, cit., Kagan J., *dissenting*, 1-2. Per alcune riflessioni sulla credibilità della Corte in relazione a questa decisione cfr. E. Grande, *Il caso dell'aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?*, in www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-dell-aborto-una-buccia-di-banana-per-la-scotus).

5. – La decisione *Whole Woman's Health v. Jackson* ha dato origine, come d'altro canto era prevedibile, ad una situazione di elevata incertezza giuridica e sociale, che sta contribuendo ad incrementare le poliedriche complessità che contraddistinguono la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza negli Stati Uniti.

Nonostante nella chiosa finale della sentenza i giudici abbiano esplicitamente affermato come questa decisione non si basi in alcun modo su considerazioni riguardanti la legittimità costituzionale del provvedimento texano, è indubbio che la scelta di non sospendere l'entrata in vigore di una legge come quella in oggetto sollevi alcune perplessità, soprattutto tra i soggetti protagonisti del dialogo costituzionale relativo al diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. A dimostrazione di ciò, è opportuno segnalare come, a seguito della sentenza oggetto di questo commento, siano stati presentati due ulteriori ricorsi riguardanti il *Texas Heartbeat Act*, chiedendo alla Corte Suprema, nel primo caso (*Whole Woman's Health v. Jackson*), di decidere se le corti federali abbiano il potere di valutare la legittimità della legge del Texas e, nel secondo caso (*United States v. Texas*), di pronunciarsi sia sulla possibilità di ripristinare la decisione della corte distrettuale federale con cui era stata bloccata l'applicazione della legge texana, sia se il governo degli Stati Uniti abbia l'autorità di portare avanti tale ricorso contro lo Stato del Texas (per un approfondimento delle questioni sollevate nei due ricorsi citati, si rimanda alla lettura degli *Amicus Briefs* disponibili in reproductiverights.org/case/texas-abortion-ban-us-supreme-court/amicus-briefs-whole-womans-health-v-jackson/).

In attesa che la Corte Suprema si pronunci sulle nuove questioni presentate dai ricorrenti (le trascrizioni delle argomentazioni orali svolte davanti alla Corte lo scorso 1 novembre sono disponibili in bit.ly/3CH2c6z e bit.ly/2Y9718y), è opportuno menzionare un'ulteriore azione istituzionale, ed esterna all'agone giudiziario, promossa a tutela e a sostegno del diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense. Il 24 settembre 2021, infatti, la Camera ha approvato il *Women's Health Protection Act*, il cui obiettivo è disciplinare e garantire a livello federale l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza. La nuova legge federale, proprio in

risposta ai numerosi interventi legislativi statali che negli ultimi anni hanno ristretto sempre di più l'accesso all'aborto, si propone di permettere a tutti gli operatori sanitari di praticare l'interruzione volontaria di gravidanza senza che siano previste limitazioni prive di fondamento scientifico e di consentire a tutte le donne l'accesso all'aborto indipendentemente dallo Stato di residenza e dalle condizioni economiche e sociali delle stesse. A tal proposito, il *Women's Health Protection Act* intende vietare l'introduzione di restrizioni e limitazioni all'accesso all'aborto quali quelle maggiormente adottate negli ultimi anni e, in questo modo, sostituire tutte le leggi statali vigenti in questo settore, compiendo, quindi, un passo definitivo nell'uniformare la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza nell'ordinamento statunitense (il testo del disegno di legge è disponibile in www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3755/text). E tale azione legislativa risulta ancora più significativa se si considera il crescente numero di Stati che hanno adottato e stanno promuovendo l'introduzione di ulteriori restrizioni al diritto costituzionale all'interruzione volontaria di gravidanza (ad esempio, Arkansas, Florida, South Carolina, South Dakota, Kentucky, Louisiana, Oklahoma e Ohio hanno già dichiarato di voler modificare la disciplina statale dell'aborto seguendo l'esempio di Texas e Mississippi. Per una panoramica dello stato dell'arte della disciplina dell'aborto negli Stati Uniti si veda www.prochoiceamerica.org/laws-policy/state-government/).

In attesa di conoscere quale sarà l'orientamento seguito dalla Corte Suprema rispetto ai ricorsi presentati (sulla possibilità che si verifichi un cambio di rotta rispetto alla prima pronuncia *Whole Woman's Health v. Jackson*, cfr. A. Liptak, *The Supreme Court hints that it may allow a challenge to the Texas abortion law*, in *New York Times*, 1 novembre 2021, in nyti.ms/3w9CXYc) e se il testo della nuova legge federale riuscirà ad ottenere l'approvazione anche al Senato, è certamente possibile proporre alcune brevi e iniziali riflessioni sugli aspetti più critici che caratterizzano la sentenza *Whole Woman's Health v. Jackson* e, in generale, la tutela del diritto costituzionale all'aborto.

In primo luogo, è innegabile che la scelta effettuata dalla Corte Suprema in questo caso rappresenti un insolito *unicum* tra le sentenze che in passato hanno interessato la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. Nonostante le istanze sottoposte all'attenzione della Corte non richiedessero una valutazione diretta della legittimità costituzionale del *Texas Heartbeat Act*, portando quindi i giudici a soffermarsi maggiormente sugli aspetti procedurali del ricorso presentato, la mancata sospensione dell'entrata in vigore di una legge che evidentemente presenta dei rilevanti profili di incostituzionalità rappresenta un chiaro campanello d'allarme per la tutela e l'effettività dei principi e dei diritti costituzionali stabiliti in *Roe v. Wade*. La previsione del divieto di interrompere la gravidanza entro un periodo di tempo in cui la maggior parte delle donne non sa ancora di esser incinta, ancorando tale criterio ad un requisito medico su cui non sussiste alcuna certezza dal punto di vista scientifico (e come accade anche per gli adempimenti medici solitamente previsti dalle *TRAP laws*), unito all'istituzione di un meccanismo di *enforcement* della legge che sembra avere l'obiettivo di escludere da qualsiasi controllo di legittimità costituzionale le disposizioni del *Texas Heartbeat Act* sono elementi che non solo pongono un *undue burden* in capo alle donne texane per quanto concerne la possibilità di esercitare effettivamente il loro diritto all'aborto, ma anche, riprendendo le parole della giudice Sotomayor, rendono la legge texana «(...) a breathtaking act of defiance – of the Constitution, of this Court's precedents and of the rights of women seeking abortions throughout Texas». E in questo senso, potrebbe ritenersi giustificata l'interpretazione di chi vede in questa pronuncia un chiaro intento da parte della Corte Suprema di sovvertire completamente i suoi precedenti in materia di aborto (cfr. Y. Ergas, *L'aborto in Texas e lo stato di terrore*, cit.; C. Sanger, *Nel cuore profondo del Texas*, 28 ottobre 2021, in bit.ly/3mJ4Jrt; H. M.

Wasserman, C. W. Rhodes, *Solving the Procedural Puzzles of Texas' Fetal Heartbeat Law and its Imitators: The Potential for Defensive Litigation*, cit., 2 ss.; E. Grande, *Il caso dell'aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?*, cit.).

In secondo luogo, il contenuto di questa sentenza porta, inevitabilmente, a svolgere alcune considerazioni sulla attuale composizione della Corte Suprema. La nomina di Amy Coney Barrett a giudice della Corte, avvenuta il 26 ottobre 2020 in seguito alla morte della giudice democratica Ruth Bader Ginsburg, ha, infatti, consolidato in modo netto la componente conservatrice di questo organo giudiziario, limitando a tre i giudici riconducibili ad una nomina democratica e determinando, invece, una maggioranza repubblicana molto forte all'interno della Corte. In un simile contesto, che è stato accolto con estremo favore dai maggiori esponenti del partito Repubblicano in ragione delle opportunità che una maggioranza di questo tipo potrebbe offrire (cfr. P. Laidler, *The 2020 U.S. Supreme Court and Political Identity*, in *Politeja*, 5, 2020, 215 ss.), non stupisce la scelta della Corte di non sospendere l'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act*, considerato il crescente fenomeno di polarizzazione politica del processo di nomina dei giudici (nello specifico, nella dottrina italiana, questo aspetto è analizzato in C. Bologna, «Parlare con la voce di un giudice»: il rapporto tra politica e giurisdizione negli Stati Uniti, in *Il Mulino*, 6, 2020, 1060 ss.) e tenuto conto che il tema del diritto all'aborto rappresenta da tempo uno dei terreni più fertili per lo scontro ideologico tra democratici e repubblicani (questo aspetto emerge anche in M. Ziegler, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*, cit.). Invece, l'orientamento seguito dalla Corte in *Whole Woman's Health v. Jackson*, sempre tenuto conto del particolare tipo di ricorso presentato nel caso in questione, costituisce un ulteriore campanello d'allarme in termini di credibilità delle decisioni assunte dalla Corte Suprema stessa (per alcune riflessioni generali sull'operato della Corte Suprema, e delle Corti federali, durante la Presidenza Trump cfr. R. Toniatti, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, in G. F. Ferrari (a cura di), *The American Presidency under Trump. The First Two Years*, The Hague, 2020, 65 ss.). La mancanza, all'interno di questa sentenza, di un adeguato spazio da dedicare alle riflessioni giuridiche di merito che emergono alla luce dei profili più critici del caso in questione e l'assenza di considerazioni che in punto di diritto tengano conto dei principi elaborati dalla Corte nella sua giurisprudenza in materia di interruzione volontaria di gravidanza sono elementi che portano inevitabilmente a chiedersi se e quanto l'elemento politico abbia inciso su questo tipo di decisione. E tale aspetto risulta a suo modo ancor più sorprendente se si considera che poco più di un anno fa la Corte Suprema aveva dimostrato il suo rigore giuridico e l'attenzione al rispetto della *rule of law* proprio in materia di diritto all'aborto (in questo caso il riferimento è alla sentenza *June Medical Services LLC v. Russo*. Sui profili evidenziati in relazione a questa decisione cfr. L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, cit., 4463 ss.). Questi elementi, uniti ad un clima di crescente sfiducia verso l'operato della Corte all'interno dell'opinione pubblica, rischiano dunque di delegittimare l'organo e di incrinare il fondamento dei poteri della Corte Suprema per come previsti dall'ordinamento, minacciando l'esistenza di uno degli elementi cardine del costituzionalismo statunitense (in particolare, da un recente sondaggio condotto dall'Annenberg Public Policy Center emerge come il 34% degli statunitensi ritenga che, qualora la Corte Suprema continuasse ad adottare decisioni in contrasto con l'opinione della maggioranza della popolazione, sarebbe più opportuno eliminare o riformare questo organo giudiziario. I dati del sondaggio sono disponibili al seguente sito www.annenbergpublicpolicycenter.org/1-in-3-americans-say-they-might-consider-abolishing-or-limiting-supreme-court/. In generale, sul rischio di delegittimazione della Corte e sulla sua perdita di credibilità in decisioni come

quella in oggetto cfr. E. Grande, *Il caso dell'aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?*, cit.).

6. – Alla luce di queste brevi e iniziali riflessioni sulla sentenza *Whole Woman's Health v. Jackson* e sulle ripercussioni che la stessa può avere all'interno dell'ordinamento costituzionale statunitense, in sede conclusiva appare opportuno svolgere alcune considerazioni in chiave comparata.

Negli ultimi anni, la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza è stata oggetto di attenzione legislativa e giurisprudenziale da parte di numerosi ordinamenti, portando ad interventi normativi di diversa e, in alcuni casi, di opposta natura in questa materia. In particolare, da una prospettiva comparata, è possibile constatare la presenza di due principali orientamenti in merito all'esercizio del diritto alla interruzione volontaria di gravidanza.

Da un lato, infatti, si sta assistendo alla realizzazione di interventi normativi a tendenza permissiva, volti a consentire l'interruzione volontaria di gravidanza in ordinamenti in cui, tradizionalmente, tale pratica è sempre stata considerata illegale. Da questa prospettiva devono, quindi, accogliersi con notevole favore esperienze come quella del Messico, la cui Corte costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale di tutte le norme che, a livello federale e statale criminalizzano l'aborto (in attesa della pubblicazione del testo della sentenza, si rimanda al comunicato stampa disponibile al sito www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579), e dell'Argentina, che con la legge n. 27610 del 2020 ha per la prima volta legalizzato e consentito l'interruzione volontaria di gravidanza, fino alla quattordicesima settimana, anche al di fuori dei casi di violenza sessuale e di pericolo di vita per la donna, consentendo così alle donne argentine di accedere in condizioni di completa gratuità e sicurezza ad una pratica che, in realtà, veniva realizzata da tempo clandestinamente (prima dell'entrata in vigore di questa legge si stima che ogni anno in Argentina venissero realizzati circa 500.000 aborti clandestini, come indicato al sito www.hrw.org/legacy/women/abortion/argentina.html).

Dall'altro lato, invece, si sta registrando in ordinamenti e in contesti giuridici che da tempo avevano riconosciuto legittimità all'interruzione volontaria di gravidanza l'introduzione di meccanismi, requisiti e limiti volti tendenzialmente a restringere il margine di effettività del diritto all'aborto, impendendone di fatto un pieno e concreto esercizio. In questo senso, il *Texas Heartbeat Act* costituisce un esempio paradigmatico di questo specifico orientamento normativo, dal momento che, come si è avuto modo di analizzare nel paragrafo precedente, pur non criminalizzando completamente l'aborto, introduce limitazioni così rigide da rendere concretamente impossibile l'effettivo esercizio del diritto costituzionale ad esso collegato (è opportuno ricordare che, oltre a prevedere lo stringente limite delle sei settimane per un accesso legale all'interruzione volontaria di gravidanza, la nuova legge texana vieta l'aborto oltre il termine indicato anche nei casi in cui la gravidanza abbia avuto origine da violenza sessuale o da incesto. Tale aspetto appare particolarmente significativo se si considera che queste due circostanze sono riconosciute come ragioni legittimanti l'accesso all'aborto, anche nella maggior parte degli ordinamenti che vietano l'interruzione volontaria di gravidanza). Tuttavia, l'esperienza texana, e in generale l'esperienza statunitense a livello di legislazione statale, non rappresenta una realtà isolata all'interno di questo filone normativo. Tra gli ordinamenti che stanno adottando un approccio restrittivo in questo settore rientra, senza alcun dubbio, anche la Polonia. Il 22 ottobre 2020, con la sentenza K 1/20 del 2020, la Corte costituzionale polacca ha infatti dichiarato incostituzionale l'art. 4a (1)(2), della legge 7 gennaio del 1993 sulla pianificazione familiare, sulla tutela del feto umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione di gravidanza, nella parte in cui consentiva l'interruzione

volontaria di gravidanza nei casi in cui, in base ad esami medici, si accertasse con un elevato livello di probabilità la sussistenza di malattie incurabili o di menomazioni per il feto (la massima in inglese della sentenza è disponibile al sito trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy). Con tale decisione, giustificata dalla necessità di tutelare la dignità umana e il diritto alla vita del feto rispetto a valutazioni considerate dalla Corte di tipo eugenetico, la Corte costituzionale polacca ha, dunque, limitato la legalità dell'aborto ai soli casi in cui la gravidanza abbia avuto origine da violenza sessuale o da incesto, impedendo così alla donne polacche di poter esercitare effettivamente il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza per come riconosciuto loro prima dell'ottobre 2020 (per alcune osservazioni sulla sentenza in oggetto e sul ruolo esercitato dalle forze politiche polacche all'interno di questa specifica decisione si veda J. Sawicki, *Tenendo alto lo scontro con l'Unione europea, l'esecutivo cerca di far dimenticare il passo falso compiuto in autunno sull'aborto*, in *Nomos*, 1, 2021, 11 ss. Sempre sul tema cfr. Human Rights Watch, *Poland: A Year On, ABortion Ruling Harms Women*, 19 ottobre 2021, in www.hrw.org/news/2021/10/19/poland-year-abortion-ruling-harms-women#).

Le tendenze evidenziate ci mostrano, dunque, come stia emergendo, e non solo negli Stati Uniti, una nuova era giuridica e sociale per il riconoscimento e per la tutela dei diritti riproduttivi delle donne, anche laddove tali posizioni giuridiche si consideravano ormai da tempo assodate. Tale fase si caratterizza, però, per il peculiare rapporto che sembra legare i profili sociali, giuridici e politici più rilevanti nelle dinamiche relative all'aborto. Se da un lato, infatti, la società civile sta dimostrando tutta la sua contrarietà verso gli interventi normativi indirizzati a limitare l'esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza (e in alcuni casi con successo, come avvenuto in Argentina), la politica e il diritto non sembrano sempre in grado di soddisfare tali istanze, arrivando a negare alle donne la possibilità di autodeterminarsi concretamente nell'esercizio dei propri diritti riproduttivi. In questo contesto, quindi, il corpo e i diritti delle donne assumono un importante ruolo come banco di prova non solo per valutare la tenuta degli strumenti del costituzionalismo contemporaneo in materia di protezione dei diritti fondamentali, ma anche per verificare lo stato del delicato rapporto che intercorre tra i poteri della politica e le funzioni esercitate dagli organi giurisdizionali e, in particolare, dagli organi a cui è affidato il fondamentale ruolo di controllo della costituzionalità degli atti normativi. Esperienze come quella statunitense e quella polacca stanno, infatti, portando alla luce alcuni elementi di fragilità degli ordinamenti costituzionali contemporanei, mostrandoci come categorie, strumenti, principi e diritti che consideravamo indissolubili possano, invece, essere privati della propria funzione garantista di fronte a questioni altamente divisive dal punto di vista valoriale, come da sempre è stato il diritto all'aborto. E in un simile scenario, appare, oggi più che mai, necessario che si ritorni a parlare «*in a judicial voice*» (il riferimento in questo caso è a R. B. Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, 67, 1992, 1188) anche di questi temi, soprattutto quando la posta in gioco si concretizza nell'esercizio effettivo di diritti costituzionalmente riconosciuti.

Marta Fasan

Scuola di Studi internazionali
Università degli Studi di Trento
marta.fasan@unitn.it