

## Sfide (epocali?) generate dalla *State Abortion Legislation* 2021 statunitense: ‘Critical Oral Arguments’ dinanzi alla Corte Suprema

di Giovanna Tieghi

**Abstract:** *(Historical?) Challenges engendered by the U.S. State Abortion Legislation 2021: ‘Critical Oral Arguments’ before the US Supreme Court* – In 2021, several American States have passed legislation with a record number of restrictions on abortion rights, thus outlining the most devastating state legislative session for abortion rights in the U.S. history. The widespread increase of lawsuits is challenging the states’ legal restrictions, both at state and federal levels, and deserves a peculiar concern especially focusing on the two antiabortion laws (in the States of Texas and Mississippi) debated during the very recent and expected oral arguments before the U.S. Supreme Court. The ongoing phenomenon is bringing back to new light the everlasting importance of keeping monitoring the dynamics of contemporary state legislators, aimed to overrule historical judicial precedents (Roe and Casey), and the actual application of the stare decisis. Questioning the emerging *conflict for abortion rights* in a very divisive context, some critical issues push to retrieve the balance between legislators and courts, up to challenging the Supreme Court as the institutional player in the transitional scenario of a contemporary democracy.

121

---

**Keywords:** U.S. Supreme Court; Abortion Law and Ban; Texas; Mississippi; Roe and Casey.

### 1. Riflessioni introduttive: “2021 The Most Devastating Antiabortion State Legislative Session in Decades”

“The other courts may find a way to avoid this conclusion is theirs to decide; this Court will not sanction one more day of this offensive deprivation of such an important right”<sup>1</sup>: con queste parole, che stigmatizzano l’atto di privazione - definito ‘offensivo’ - del diritto all’interruzione di gravidanza, il Giudice della US District Court for the Western District dello Stato del Texas (Austin Division), Robert Pitman, aveva concluso, il 6 ottobre scorso, le 113 pagine della sua *preliminary injunction*, avente ad oggetto la recente legge anti-aborto texana, *Senate Bill 8*. Comunemente nota come *Heartbeat Act* - perché proibisce l’interruzione di gravidanza a sole 6 settimane di gestazione, una volta che i

---

<sup>1</sup> Case 1:21-cv-00796-RP, Document 68, Filed 10/06/21, 112, at [www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2021/10/show\\_temp.pdf](http://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2021/10/show_temp.pdf).

<sup>2</sup> Texas Legislature Online, *S.B. No. 8, Texas Heartbeat Act*, in [capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00008F.pdf#navpanes=0](http://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00008F.pdf#navpanes=0).

medici abbiano riscontrato attività cardiaca nell'embrione -, e considerata fin da subito la legge statale più restrittiva in assoluto nell'ordinamento statunitense, era stata temporaneamente sospesa sulla base del primato della Costituzione americana quale garante di "a person's right (...) to choose an abortion prior to fetal viability is well established" (p.1).

Poco più a est, ma sempre nell'area meridionale degli Stati Uniti, la Fifth Circuit Court of Appeals, nella persona del giudice estensore Circuit Judge Higginbotham, nel confermare il provvedimento di injunction emesso dalla Corte distrettuale dello Stato del Mississippi contro la legge di quello Stato (il *Gestational Age Act 2018, HB 1510*<sup>3</sup>) che vietava l'interruzione di gravidanza a 15 settimane di gestazione, già nel dicembre 2019 aveva statuito:

"In an unbroken line dating to *Roe v. Wade*, the Supreme Court's abortion cases have established (and affirmed, and re-affirmed) a woman's right to choose an abortion before viability. States may regulate abortion procedures prior to viability so long as they do not impose an undue burden on the woman's right, but they may not ban abortions. The law at issue is a ban. Thus, we affirm the district court's invalidation of the law, as well as its discovery rulings and its award of permanent injunctive relief"<sup>4</sup>.

Le recenti argomentazioni del giudice texano, che si sono aggiunte a quelle precedenti dei giudici della Corte distrettuale dello Stato del Mississippi - poi confermate dal Quinto Circuito - hanno alimentato nuovamente il dibattito nazionale e internazionale già in corso su uno dei temi più divisivi dell'ordinamento statunitense, anche in una prospettiva di analisi comparata<sup>5</sup>. Per poter, però, quantomeno iniziare una adeguata riflessione sul tema - pur nella consapevolezza dei limiti connessi alla disamina di una vicenda tuttora in corso -, è imprescindibile una accurata contestualizzazione dei due cases, movendo da una duplice prospettiva.

Da un lato, rispetto ad un ambito giuridico-istituzionale inter-statale ben più ampio e problematico di quello circoscritto ai soli Stati americani del Texas e del Mississippi. Dall'altro, con riferimento alle peculiarità che esprimono, in punto di diritto costituzionale, quelle due vicende: esse, infatti, meritano particolare attenzione perché le controversie riguardanti le rispettive legislazioni statali sono, ad oggi, oggetto di sindacato da parte della Corte Suprema federale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Mississippi Legislature, 2018 Regular Session, *Gestational Age Act 2018, HB 1510*, in [billstatus.ls.state.ms.us/documents/2018/html/HB/1500-1599/HB1510IN.htm](http://billstatus.ls.state.ms.us/documents/2018/html/HB/1500-1599/HB1510IN.htm).

<sup>4</sup> Decisione dell'U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 18-60868, reperibile al link [www.ca5.uscourts.gov/Opinions/pub/18/18-60868-CV0.pdf](http://www.ca5.uscourts.gov/Opinions/pub/18/18-60868-CV0.pdf).

<sup>5</sup> Per un, pur sintetico, sguardo d'insieme in prospettiva comparata, da ultimo: I. Spignon, *Il finale felice della lunga storia dell'aborto in Argentina*, in *Diritti Comparati*, April 12, 2021; E. Grasso, E. Mostacci, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Politica del Diritto*, n. 2/2021; A. Baraggia, "Who shall decide rights we have when we all disagree?" *Il caso della regolamentazione dell'aborto in Irlanda e Nord-Irlanda*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018; E. Scott, *Risks, Reasons and Rights: The European Convention on Human Rights and English Abortion Law*, in *Medical Law Review*, 24(1), 2016;

<sup>6</sup> Si tratta dei c.d. Texas cases, *United States v. Texas (21-588)* e *Whole Woman's Health*

Rispetto alla prima prospettiva, ossia alla contestualizzazione delle due vicende nel panorama statale statunitense, va premesso che, quale esito di annate particolarmente incisive sul fronte della legislazione statale restrittiva, l'anno 2021 si differenzia per il più alto numero di restrizioni e divieti statali mai registrati in tema di aborto. Ciò, al punto di arrivare a definire questo arco temporale come “the most devastating state legislative session for abortion rights in decades”<sup>7</sup>. Da rilevare, in particolare, che già a metà anno erano stati raggiunti record inauditi<sup>8</sup> in termini di azioni legislative “designed”, così si è espressamente riconosciuto, “to undermine or completely block access to abortion care”<sup>9</sup>.

Questa ondata incrementale di restrizioni in diversi Stati americani – che conferma la persistenza di una abortion rights litigation in quel Paese<sup>10</sup>

---

*v. Jackson (21-463)*, programmati, da ultimo per l'Oral Argument del 1 novembre 2021; nonchè del Mississippi Case, *Dobbs v. Jackson Women's Health Org. (19-1392)*, posto in agenda a maggio in vista dell'Oral Argument del 1 dicembre 2021. Si precisa, inoltre che, nel medesimo anno, la Corte ha anche deciso di occuparsi della richiesta dell'ultimo minuto dell'Attorney General del Kentucky, Daniel Cameron, di intervenire per cercare di ripristinare un divieto in materia di aborto che già due corti hanno dichiarato incostituzionale (*Cameron v. EMW Women's Surgical Center*). Sul caso, si rinvia a [www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/20-601.html](http://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/20-601.html); sul tema, a I. Millhiser, *The Stakes in the Supreme Court's New Abortion Case, Explained*, in [www.vox.com/22356354/supreme-court-abortion-daniel-cameron-emw-womens-surgical-center-kentucky](http://www.vox.com/22356354/supreme-court-abortion-daniel-cameron-emw-womens-surgical-center-kentucky), e R. Morrow, N. Nainani, *Cameron v. EMW Women's Surgical Center, P.S.C., et al., Federalism Third-Party Intervention Attorney General*, in [www.law.cornell.edu/supct/cert/20-601](http://www.law.cornell.edu/supct/cert/20-601).

<sup>7</sup> “The number of abortion restrictions—and specifically bans on abortion designed to directly challenge *Roe v. Wade* and the U.S. constitutional right to abortion—that have swiftly been enacted over the past five months is unprecedented. If this trend continues, 2021 will end up as the most damaging antiabortion state legislative session ever”. E, ancora: “The current barrage of coordinated attacks must be taken seriously as the unprecedented threat to reproductive health care and rights that it is. The year 2021 is well on its way to being a defining one in abortion rights history”: E. Nash, L. Cross, *2021 Is on Track to Become the Most Devastating Antiabortion State Legislative Session in Decades*, Guttmacher Institute, June 14, 2021, Policy Analysis in [www.guttmacher.org/article/2021/04/2021-track-become-most-devastating-antiabortion-state-legislative-session-decades](http://www.guttmacher.org/article/2021/04/2021-track-become-most-devastating-antiabortion-state-legislative-session-decades).

<sup>8</sup> “In the first six months of the year, many state legislatures engaged in an assault on many civil rights, including abortion, voting and transgender rights. More abortion restrictions—90—have already been enacted in 2021 than in any year since the *Roe v. Wade* decision was handed down in 1973”: E. Nash, S. Naide, *State Policy Trends at Midyear 2021: Already the Worst Legislative Year Ever for U.S. Abortion Rights*, Guttmacher Institute, July 1, 2021, in [www.guttmacher.org/article/2021/07/state-policy-trends-midyear-2021-already-worst-legislative-year-ever-us-abortion](http://www.guttmacher.org/article/2021/07/state-policy-trends-midyear-2021-already-worst-legislative-year-ever-us-abortion).

<sup>9</sup> E. Spitzer, N. Ellmann, *State Abortion Legislation in 2021. A review of Positive and Negative Actions*, Sept. 21, 2021, in [www.americanprogress.org](http://www.americanprogress.org); C. Lampen, *A Record 106 Abortion Restrictions Have Already Passed This Year*, Oct. 5, 2021, in [www.thecut.com/2021/10/states-passed-a-record-106-abortion-restrictions-in-2021.html](http://www.thecut.com/2021/10/states-passed-a-record-106-abortion-restrictions-in-2021.html); K. Hubbard, *States Enact Record Number of Abortion Restrictions in 2021*, Oct. 5, 2021, in [www.usnews.com/news/national-news/articles/2021-10-05/states-enact-record-number-of-abortion-restrictions-in-2021](http://www.usnews.com/news/national-news/articles/2021-10-05/states-enact-record-number-of-abortion-restrictions-in-2021).

<sup>10</sup> Quasi dieci anni fa già si sottolineava: “This fundamental conflict between a woman’s constitutional right to choose an abortion, and the belief among some governmental officials that abortion is immoral and should not be protected by the Constitution, has

-, merita, oggi più che mai, un peculiare approfondimento: innanzitutto, perché ripropone – e non solo nel dibattito statunitense – il tema cruciale e delicato del diritto all’aborto quale diritto costituzionalmente garantito e, in definitiva, quale parte integrante della c.d. *rights revolution*<sup>11</sup>. Nello specifico, esso si dispiega quale espressione - o meno -, di una “essential health care” in un ordinamento, quale quello statunitense, con una forma di stato federale<sup>12</sup> e un sistema sanitario di natura essenzialmente privatistica<sup>13</sup>. Un diritto, come è noto, non espressamente previsto a livello federale, ma riconosciuto - anche in assenza di problematiche di salute nella donna e pure nel feto – in via giurisprudenziale, fin dalla storica sentenza *Roe v. Wade* del 22 gennaio 1973.

Nella seconda prospettiva proposta, inoltre, le restrizioni poste dai legislatori statali degli ultimi tempi (par. 1.1.) rilevano, in un’analisi giuridico-comparata, non solo per il pur significativo dato quantitativo - appunto, storicamente mai raggiunto<sup>14</sup> - ma, in specie, per il contesto, costituzionale e giurisdizionale (par.2 e ss.) nel quale queste misure legislative si inseriscono. Ed è su quest’ultimo fronte che ci si intende concentrare, mettendo in primo piano il processo dialogico tra i diversi giudici, il ruolo del contraddittorio nel sistema di giustizia costituzionale statunitense e le sue implicazioni, anche quelle più immediate. Di qui, la scelta di riportare espressamente quanto dichiarato dai singoli giudici per non snaturare l’autenticità del loro messaggio e per dar conto, al contempo, della incisività del contraddittorio e delle sue conseguenze. La riflessione sulla sussistenza di un diritto di aborto costituzionalmente riconosciuto, tra l’altro, necessita di una precisa contestualizzazione: si ripropone – a partire dalle leggi dei due Stati del Texas e Mississippi e a seguito di alcuni più recenti precedenti<sup>15</sup> - proprio in un momento storico particolare che vede la

---

persisted as one of the most intractable legal and political conflicts in modern American history”: A. Morgan, *Reproductive Rights*, July 21, 2013, in [www.jurist.org/archives/feature/reproductive-rights-1/](http://www.jurist.org/archives/feature/reproductive-rights-1/).

<sup>11</sup> Sul tema, in particolare: H. Grahm, *Legacy of the 1960s: The American “Rights Revolution” in an Era of Divided Governance*, in *Journal of Policy History*, 10(3), 1998; S. Walker, *The Rights Revolution: Rights and Community in Modern America*, NY, 1998. Per una prospettiva più generale, v. M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, NY, 1991.

<sup>12</sup> Sul rapporto federalismo-diritti: A. Pin, *La sovranità in America*, Padova, 2012, spec. da 125.

<sup>13</sup> Sul tema, da ultimo, si rinvia alla recente iniziativa legislativa federale: il *Medicare for All Act* of 2021 (H.R. 1976), presentata il 17 Marzo scorso al Congresso (testo e excursus legislativo in [www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1976/text](http://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1976/text)). Per una disamina su salute pubblica e sistema federale, si veda, in particolare, per l’ordinamento statunitense: G. Carboni, *Il potere degli stati per la tutela della salute pubblica*, in *Dpce Online*, n. 1/2021, 10 e ss.; E. Fee, *Public Health and the State: The United States*, in D. Porter (ed.), *The History of Public Health and the Modern State*, Amsterdam – Atlanta, 1994, 227 ss.; W.E. Parmet, *Health Care and the Constitution: Public Health and the Role of the State in the Framing Era*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, n. 2/1993.

<sup>14</sup> E. Bowman, *More Abortion Restrictions Have been Enacted in the U.S. This Year Than In any Other*, NPR, July 9, 2021, in [www.npr.org](http://www.npr.org).

<sup>15</sup> Il tema dell’aborto, nelle sue più svariate sfaccettature, è stato posto all’attenzione

Corte Suprema all'opera – e, quindi, a partire dalle due recentissime e tanto attese udienze pubbliche (par.4) –, con una netta maggioranza di giudici di stampo conservatore<sup>16</sup>.

È di particolare rilievo, in primo luogo, che la Corte abbia deciso, innanzitutto, di ritornare ad occuparsi del tema dell'aborto<sup>17</sup>. In secondo luogo, a distanza di un mese l'una dall'altra, ha programmato le udienze pubbliche entro la fine del 2021 in vista delle quali, da tempo, la dottrina costituzionale statunitense si è continuata a confrontare<sup>18</sup>. Il disegno complessivo portava a valutare se vi fossero elementi utili a supportare un'apertura – o meno – al superamento di precedenti giurisprudenziali storici in una materia tanto delicata. Ora, le attuali vicende statali sul diritto di aborto assumono importanza proprio perché riportano nuovamente la riflessione su quei due storici precedenti giurisprudenziali *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>19</sup>, i quali, a partire dagli anni settanta, quel diritto hanno suggellato, anche proibendo agli Stati di escluderlo prima del “point of viability”<sup>20</sup>.

---

della Corte, da ultimo, nel 2020, anno in cui, con riferimento alla TRAP law dello Stato della Louisiana, la Corte ha adottato la decisione *June Medical Services, LLC v. Russo* 591 U.S. (2020), considerata fin da subito “la ‘versione 2.0’” (L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in Note e Commenti, *Dpce Online*, n. 2020/3, 4455; M. C. Errigo, *Corte Suprema e diritto all'aborto*, in *Federalismi.it*, n. 1/2021) del caso precedentemente deciso con riferimento ad una legge texana, dichiarata incostituzionale nel 2016 con la nota sentenza *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016). Per alcuni approfondimenti su quest'ultima, importante decisione, si rinvia, ex multis, in particolare, a M. Goodwin, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, 25(2), 2017; A. Baraggia, “*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti”, in *Osservatorio costituzionale*, n.1/2017 e L. Busatta, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell' “abortion rights adjudication” negli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016.

<sup>16</sup> Questione, ovviamente, di estremo e attuale interesse, in specie alla luce delle ultime nomine degli anni 2017-2020. Per un'analisi costituzionale aggiornata sul tema, si veda, in particolare: E. T. Kasper, *Theory and Practice: James Madison and the Constitutional Power to Appoint Supreme Court Justices*, *Quinnipiac Law Review*, vol. 38, 2020; P. Passaglia, *President Trump's Appointments: A Policy of Activism*, in *Dpce Online*, n. 1/2021, in particolare ove si affronta il tema “Sliding doors at the Supreme Court” (938 e ss.).

<sup>17</sup> È dello scorso Maggio la decisione: “May 17, 2021: Petition GRANTED limited to Question 1 presented by the petition”, in [www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html](http://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/19-1392.html). La domanda a cui ci si riferisce è la seguente: “Whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional”. La vicenda texana, come si vedrà, si è inserita successivamente con tempistiche assolutamente inedite.

<sup>18</sup> Un efficace scorcio delle line interpretative e delle considerazioni più recenti si può rinvenire nella memoria depositata proprio dai costituzionalisti statunitensi in vista dell'udienza del 1 dicembre, quali Amici Curiae: Testo del *Brief for Constitutional Law Scholars L.C. Bollinger, E. Chemerinsky, S.F. Colb, M. C. Dorf, D. Farber, J. L. Grossman, L. Litman, M. Minow, J. S. Schacter, S. Sherry, G. R. Stone, D.A. Strauss and L. H. Tribe as Amici Curiae supporting respondents*, reperibile al link [reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/09/Constitutional-Law-Scholars-Amicus-Brief.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/09/Constitutional-Law-Scholars-Amicus-Brief.pdf).

<sup>19</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>20</sup> La Corte Suprema, nella storica decisione *Roe v. Wade* del 1973, aveva reso il concetto di “viability” la linea di demarcazione che bilancia il diritto di una persona incinta di

È una questione che, inevitabilmente, ha delle implicazioni significative sul ruolo del precedente e, in specie, delle tecniche di superamento<sup>21</sup>. Di qui, l'attesa, oltre che l'importanza sul piano giuridico<sup>22</sup> - anche per il momento storico in cui si collocano<sup>23</sup> - delle due udienze pubbliche (oral arguments programmati, appunto, per il 1 novembre e il 1 dicembre 2021).

### 1.1. Abortion restrictions v. proactive positive measures nel panorama statale

Il tema e l'acceso dibattito in corso sul right to abortion hanno dato modo di dare evidenza di tutte le diverse forme<sup>24</sup> di divieti e restrizioni che i legislativi statali statunitensi hanno approvato recentemente<sup>25</sup> - fronte sul

---

porre fine a una gravidanza con gli interessi pubblici. La decisione *Roe* ha statuito che dopo il punto di "viability", in termini di fattibilità, gli Stati possono limitare l'accesso alle pratiche per l'interruzione di gravidanza purchè si sia in presenza di casi particolari che pregiudichino la salute e la vita della persona in gravidanza. A seguire, nel 1979, aveva definito il concetto di "Viability" nel contesto dell'interruzione di gravidanza nei termini seguenti: "*When, in the judgment of the attending physician on the particular facts of the case before hi (sic), there is a reasonable likelihood of the fetus' sustained survival outside the womb, with or without artificial support. Because this point may differ with each pregnancy, neither the legislature nor the courts may proclaim one of the elements entering into the ascertainment of viability – be it weeks of gestation or fetal weight or any other single factor – as determinant*": *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379, 388 (1979).

<sup>21</sup> Di qui, il timore – ancora una volta, dopo la sentenza *June Medical Service LLC* del 2020 – che si possa ancora minare il diritto di scelta della donna sul proprio corpo con la medesima preoccupazione di allora, ossia di una possibile "deviation from the principles of Stare Decisis": con riferimento all'aborto, in particolare, 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 LLC v. Russo Oral Argument ?*, 68 *UCLA L. Rev.*, 14, 2020. Più in generale, A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017.

<sup>22</sup> Sul tema, in particolare con riferimento alla questione circa quanto le discussioni pubbliche – in specie quelle dinanzi la Corte Suprema statunitense – possano influenzare le decisioni finali "by providing information relevant for deciding the case" e, soprattutto, quanto possano aiutare i giudici a comprendere "the consequences of their choices", si rinvia a T. R. Johnson, P. J. Wahlbeck, J. F. Spriggs, *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court*, in *American Political Science Review*, 2006, 100.

<sup>23</sup> J. F. Kay, *This Time It's Different at the US Supreme Court*, in *The National Law Journal*, Nov. 29, 2021.

<sup>24</sup> Queste includono sia misure tradizionali, sia nuove e più estreme prescrizioni finalizzate a rendere inaccessibile l'assistenza medica necessaria per l'interruzione di gravidanza. Tra queste, nello specifico: le coverage restrictions; i gestational bans; i medically unnecessary requirements; i methods ban; le parental involvement laws; i reason bans; le c.d. born-alive laws; i trigger bans e le c.d. TRAP Laws (Target restriction of abortion providers). Per un approfondimento su queste ultime, a partire dalla nota legge della Luisiana (Act 620, Unsafe Abortion Protection Act) che ha portato alla decisione della Corte Suprema *June Medical Services, LLC v. Russo* 591 U.S., (2020), si rinvia a 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.

<sup>25</sup> Tra le misure legislative statali più significative sul tema si segnalano, in particolare, alcune tra le più recenti iniziative statali poste in essere dall'Arkansas (Arkansas State Legislature, *SB6- To create the Arkansas unborn child protection act; to abolish abortion in Arkansas and protect the lives of unborn children; and to protect all human life*, in

quale, appunto, si inseriscono le leggi statali del Texas e del Mississippi -. D'altra parte, però, il dialogo sul tema è servito anche a mettere in luce quella minoranza di Stati - di cui meno ci si occupa nel dibattito internazionale - che stanno continuando non solo a tutelare ma, soprattutto, anche ad estendere - sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo - i diritti correlati all'interruzione di gravidanza<sup>26</sup>.

Tale variegato scenario sta già comportando delle implicazioni in termini di spostamento delle persone, da uno Stato restrittivo ad uno più

[www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB6&ddBienniumSession=2021%2F2021R](http://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB6&ddBienniumSession=2021%2F2021R)); dall'Arizona (Arizona Legislature, *Abortion; unborn child; genetic abnormality, SB 1457*, in [www.azleg.gov/legtext/55leg/1R/bills/SB1457P.pdf](http://www.azleg.gov/legtext/55leg/1R/bills/SB1457P.pdf)); dall'Oklahoma (Oklahoma Legislature, *An act related to physician licensure. ENR. H.B. No. 1102*, in [webserver1.lsb.state.ok.us/cf\\_pdf/2021-22%20ENR/hB/HB1102%20ENR.PDF](http://webserver1.lsb.state.ok.us/cf_pdf/2021-22%20ENR/hB/HB1102%20ENR.PDF)); dall'Idaho (Idaho Legislature, *House Bill No. 366, Fetal Heartbeat Preborn Child Protection Act*, in [legislature.idaho.gov/wp-content/uploads/sessioninfo/2021/legislation/H0366.pdf](http://legislature.idaho.gov/wp-content/uploads/sessioninfo/2021/legislation/H0366.pdf)); dal South Carolina (South Carolina State House, *SC Fetal Heartbeat Protection from Abortion Act, S.1*, in [www.scstatehouse.gov/sess124\\_2021-2022/bills/1.htm](http://www.scstatehouse.gov/sess124_2021-2022/bills/1.htm)); dal Kansas (Kansas Legislature, *HCR 5003, Amending the Bill of rights of the Constitution of the State of Kansas to reserve to the people the right to regulate abortion through their elected state representatives and senators*, in [kslegislature.org/li/b2021\\_22/measures/hcr5003/](http://kslegislature.org/li/b2021_22/measures/hcr5003/)); dal Kentucky (General Assembly, *House Bill 91*, in [apps.legislature.ky.gov/record/21rs/hb91.html](http://apps.legislature.ky.gov/record/21rs/hb91.html)); dall'Iowa (Legislature, *House Joint Resolution 5*, in [www.legis.iowa.gov/legislation/BillBook?ga=89&ba=hjr5](http://www.legis.iowa.gov/legislation/BillBook?ga=89&ba=hjr5)); oltre che, come anticipato, dalla Louisiana, dal Texas e dal Mississippi. Per un quadro complessivo degli interventi legislativi (e giurisprudenziali), si rinvia al *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, a cura di L. Busatta, M. Tomasi, con la collaborazione di S. Gabriele, reperibile al link [www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Abortion-rights-negli-Stati-Uniti](http://www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Abortion-rights-negli-Stati-Uniti).

<sup>26</sup> Si tratta, in particolare, dello Stato della California (con una risoluzione dell'Aprile scorso a supporto dei "reproductive rights such as the fundamental right to an abortion and access to comprehensive reproductive health care", California Legislative Information, *SR-6, Relative to reproductive health*, reperibile in [leginfo.ca.gov](http://leginfo.ca.gov)); del New Mexico (che nello scorso Febbraio ha abrogato il proprio pre-Roe divieto: si tratta del New Mexico Legislature, *SB 10, Repeal Abortion Ban*, in [www.nmlegis.gov/Legislation/Legislation?chamber=S&legType=B&legNo=10&year=21](http://www.nmlegis.gov/Legislation/Legislation?chamber=S&legType=B&legNo=10&year=21)); delle Hawaii (che ha approvato una legge, lo scorso aprile, per consentire agli infermieri qualificati di fornire cure per l'aborto: la Hawaii State Legislature, *HB 576 HD3, relating to Health Care*, in [www.capitol.hawaii.gov/measure\\_indiv.aspx?billtype=HB&billnumber=576&year=2021](http://www.capitol.hawaii.gov/measure_indiv.aspx?billtype=HB&billnumber=576&year=2021)). In aggiunta all'attività di c.d. expanding providers, alcuni Stati hanno agito in via legislativa per espandere la copertura assicurativa per le prestazioni in materia di aborto e hanno annullato le restrizioni sulle coperture: si tratta dello Stato della Virginia (con il Virginia's Legislative Information System, *HB 1896, Essential health benefits; abortion coverage*, in [lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?212+sum+HB1896&212+sum+HB1896](http://lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?212+sum+HB1896&212+sum+HB1896)); del Washington State (Washington State Legislature, *HB 1009, Concerning student health plans*, in [app.leg.wa.gov/bills/summary?BillNumber=1009&Year=2021](http://app.leg.wa.gov/bills/summary?BillNumber=1009&Year=2021) e Washington State Department of Health, *Abortion*, in [www.doh.wa.gov/YouandYourFamily/SexualandReproductiveHealth/Abortion](http://www.doh.wa.gov/YouandYourFamily/SexualandReproductiveHealth/Abortion)); del Colorado (Colorado General Assembly, *SB21-142, Health Care Access In case of Rape or Incest*, in [leg.colorado.gov/bills/sb21-142](http://leg.colorado.gov/bills/sb21-142)); e del Connecticut (Connecticut General Assembly, *An Act concerning deceptive advertising practices of limited services pregnancy centers, SB No. 835*, in [www.cga.ct.gov/asp/cgabillstatus/cgabillstatus.asp?selBillType=Bill&bill\\_num=SB835&which\\_year=2021](http://www.cga.ct.gov/asp/cgabillstatus/cgabillstatus.asp?selBillType=Bill&bill_num=SB835&which_year=2021)).

garantistico, con l'inevitabile conseguenza di “undermine the accessibility of abortion in states that have taken proactive measures, as providers in those places may become overwhelmed”<sup>27</sup>.

Diverse iniziative sono state prese a livello federale<sup>28</sup> per garantire l'accesso alle strutture ma, in ogni caso, come è stato evidenziato, c'è ancora molto da fare soprattutto per evitare discriminazioni ingiustificate<sup>29</sup>.

In questo contesto, le leggi del Texas e Mississippi, considerate tra le più restrittive in assoluto (la seconda, definita anche quale trigger law<sup>30</sup>), assumono un ruolo del tutto particolare nella prospettiva costituzionale: l'una, sia per l'insolito schema di applicazione della legge previsto sia per i profili di legittimazione soggettiva dell'azione; l'altra, per l'espressa richiesta, da parte dello Stato del Mississippi alla Corte, di superare gli storici precedenti, incidendo, così, su un necessario aggiornamento della riflessione sul sistema del precedente. Accettando di occuparsi del caso, la Corte, per la prima volta dalla decisione Roe del 1973, ha deciso di tornare ad addentrarsi nel sindacato di costituzionalità di un previability abortion ban.

## 2. Riflettori accesi sul Senate Bill 8 texano e sul Gestational Age Act dello Stato del Mississippi: la Corte Suprema e l'Order del 22 ottobre 2021

Nello stesso mese in cui il giudice distrettuale Pitman si era espresso sulla legge texana, a distanza di pochissimo tempo la Corte Suprema statunitense - interpellata per la seconda volta nel giro di poco più di un mese sul tema, questa volta a seguito dell'impugnativa dello Stato del Texas - ha acconsentito (nell'Order del 22 ottobre) ad esaminare il caso, fissando l'udienza pubblica nella data, molto prossima, del 1 novembre. Come emerge

<sup>27</sup> E. Spitzer, N. Ellmann, *State Abortion Legislation in 2021. A review of Positive and Negative Actions*, cit., 2.

<sup>28</sup> Tra queste, la sospensione delle restrizioni dell'Amministrazione federale dei farmaci statunitensi sull'accesso all'aborto farmacologico per la durata dell'emergenza sanitaria pubblica Covid-19 (J. Woodcock, *FDA Acting Commissioner Letter to American College of Obstetricians and Gynecologists*, U.S. Food and Drug Administration, April 12, 2021, in [www.prochoice.org/wp-content/uploads/FDA-Acting-Commissioner-Letter-to-ACOG-April-12-2021.pdf](http://www.prochoice.org/wp-content/uploads/FDA-Acting-Commissioner-Letter-to-ACOG-April-12-2021.pdf)); le iniziative per ripristinare il Titolo X del Family Planning Program; la rimozione dell'emendamento Hyde dalla proposta di bilancio del Presidente. Non ultima, l'iniziativa del Dipartimento di Giustizia federale di agire contro l'iniziativa statale del Texas affermando, già davanti alla Corte distrettuale, che il Texas' S.B. 8 viola la clausola di supremazia, tra gli altri parametri costituzionali, e priva gli individui dei loro diritti costituzionali (ex multis, D. Barret and A. E. Marimow, *Justice Department Sues Texas to Block six-week Abortion Ban*, The Washington Post, Sept., 10, 2021, in [www.washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com)).

<sup>29</sup> “(...) more action is urgently needed to ensure that the right to abortion meaningfully exists for everyone regardless of their income, insurance coverage, geographic location, employer, or any other factor”: E. Spitzer, N. Ellmann, *State Abortion Legislation in 2021. A Review of Positive and Negative Actions*, cit., 2.

<sup>30</sup> “Mississippi is one of a dozen states with so-called trigger laws that would immediately ban abortion in all most cases if Roe is overturned”: L. Hurley, *In Supreme Court Abortion Case, the Past could be the Future*, [www.reuters.com](http://www.reuters.com), Nov. 23, 2021, 3.

chiaramente dal testo del 595 U.S. (2021) Order<sup>31</sup>, in quell'occasione la Corte è nuovamente intervenuta ma, ancora una volta, senza sospendere l'applicazione della legge ("but left the law in place meantime"): ha, infatti, precisato che si occuperà esclusivamente dell'insolito schema di applicazione della legge da parte dello Stato del Texas e della questione circa la legittimazione, in capo al Dipartimento di giustizia, di agire in giudizio per bloccare la legge<sup>32</sup>. In questo contesto, e rispetto a questa precisa scelta della Corte, si inserisce la parziale *dissenting opinion* della Giudice Sotomayor.

Come si colloca quest'ultimo recentissimo intervento della Corte rispetto a quanto avvenuto negli ultimi mesi sia a livello di legislativi statali sia, non ultimo, rispetto alla precedente decisione della medesima Corte di occuparsi del caso Dobbs (i.e. legge del Mississippi)? Quali implicazioni sul piano del riconoscimento del *right to abortion* e quali, invece, sul piano dei rapporti Stato-Governo federale sia dal punto di vista della legittimazione ad agire, sia dal punto di vista dell'attività di *enforcement* prevista dalla legge texana?

Le questioni sottese, oltre che l'inedita tempistica decisa dalla Corte, meritano alcune riflessioni, sia pure in corso d'opera. L'intervento della Giudice Sotomayor, tra l'altro, consente di evidenziare alcuni profili che riguardano anche il clima attuale, oltre che i nuovi scenari possibili, di una Corte *in action*. Una Corte che, da ciò che appare, risulta, sempre più, in piena fase di transizione.

Preme notare, infatti, che la Corte ha operato in quella sede con una tempistica estremamente anomala. Il processo decisionale che, ordinariamente, si sviluppa con cadenze di natura mensile, in questa occasione è stato compresso in solo pochi giorni.

Ciò comporta, innanzitutto, una conseguenza immediata sotto il profilo processuale: alla fissazione dell'udienza pubblica del ravvicinato primo novembre ne sarebbe risultato un duplice sindacato, sul tema, da parte della Corte, nell'arco di poco tempo. La stessa, infatti, si è occupata della legge anti-aborto texana esattamente un mese prima di affrontare l'altro caso in materia di interruzione della gravidanza (quello relativo alla legge dello Stato del Mississippi), programmato per il primo dicembre. Le due leggi, ampiamente restrittive del *right to abortion* (pur con una diversa tempistica che fa riferimento, rispettivamente, a 6 e a 15 settimane di gestazione), risultano essere espressamente in contraddizione con la storica sentenza *Roe v. Wade*, la quale, si ricorda, aveva legalizzato l'aborto a livello nazionale.

Su un piano generale, inoltre, è risultato evidente che la Corte si

---

<sup>31</sup> 595 U. S. Supreme Court (2021), reperibile al link [s3.documentcloud.org/documents/21090477/scotus-texas-abortion-ban.pdf](https://s3.documentcloud.org/documents/21090477/scotus-texas-abortion-ban.pdf).

<sup>32</sup> L'interrogativo verte sui due seguenti fronti: se "(...) *the State can insulate from federal-court review a law that prohibits the exercise of a constitutional right by delegating to the general public the authority to enforce that prohibition through civil action*"; di conseguenza, "(...) *the petition is granted limited to the following question: May the United States bring suit in federal court and obtain injunctive or declaratory relief against the State, state court judges, state court clerks, other state officials, or all private parties to prohibit S.B. 8 from being enforced*": 595 U. S. Supreme Court, 1.

sarebbe dovuta occupare, nel medesimo *term*, di una serie tra i maggiori casi in materia di aborto: il Dipartimento di Giustizia, infatti, ha impugnato la legge texana in *U.S. v. Texas*, e un'ulteriore impugnativa ha generato la controversia *Whole Woman's Health v. Jackson* (case 21-463, la cui udienza pubblica è stata anch'essa programmata per il 1 novembre); la ultimo, la causa *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (case 19-1392), ove i funzionari statali del Mississippi hanno, appunto, agito per superare espressamente lo storico precedente del 1973.

In secondo luogo, quel recente intervento ha posto la Corte in una posizione che, salvo eventi particolari, pare avviarsi lungo un percorso abbastanza definito: come ha sottolineato la Giudice Sotomayor nella sua *separate opinion*, infatti, la Corte, per la seconda volta, “is presented with an application to enjoin a statute enacted in open disregard of the constitutional rights of women seeking abortion care in Texas”. “For the second time”, ha insistito, “the Court declines to act immediately to protect these women from grave and irreparable harm” (pp.1-2). Pur essendo d'accordo con l'opinione della maggioranza di discutere la controversia a breve per l'evidente “public importance of the issues these cases raise” (p.2), Sonia Sotomayor obiettava che la decisione di maggioranza non avesse compiutamente adempiuto rispetto a quanto in suo potere (p.2).

Ciò – a suo dire –, ha delle implicazioni non solo immediate ma, riprendendo le sue stesse parole, finanche “catastrofiche”. Innanzitutto, nei confronti delle donne texane: “These women”, faceva presente, “will suffer personal harm from delaying their medical care, and as their pregnancies progress, they may even be unable to obtain abortion care altogether” (p.2).

Va precisato che tali implicazioni derivano, innanzitutto, dalla specificità stessa del divieto texano: la legge, considerata in assoluto la più restrittiva dal caso *Roe*, non solo proibisce l'interruzione di gravidanza dopo sei settimane ma, da un lato, non prevede alcuna deroga in caso di stupro o incesto (salvo nell'unica ipotesi di pericolo per la salute della donna); dall'altro, invece di prevedere misure di *enforcement* in capo ai funzionari pubblici, delega ai privati cittadini la responsabilità di denunciare e citare in giudizio chiunque assista le gestanti che volessero intraprendere quel percorso esercitando il proprio diritto. Cittadini, dunque, titolati a denunciare e citare in giudizio “anyone who aids or abets an abortion” e, per questo, ad essere ricompensati economicamente. Cittadini, in definitiva che, in questa prospettiva, divengono – secondo le parole della Sotomayor – dei veri e propri “bounty hunters” (p. 2).

Di qui, la c.d. “inability to challenge the law”, che è ciò che ha reso la legge bersaglio di critiche anche da parte della dottrina di stampo conservatrice. Non a caso, il Chief Justice Roberts, già a settembre, aveva definito lo schema di *enforcement* previsto dalla legge texana come “not only unusual, but unprecedented” (p.2). A seguire, la Giudice Sotomayor, il divieto, un “illegal law”; il legislativo locale, reo di aver “designed this

scheme to make it more complicated to enjoin the Act” (p. 3).

In terzo luogo, la Corte ha cominciato a mostrare ripetutamente profonde divergenze interne (basti pensare non solo alla divisione in due blocchi - quattro giudici “*to grant review*” e cinque “*to reverse a lower court decision*” - ma, soprattutto, alle approfondite e numerose *dissenting opinions* che hanno segnato il percorso di queste distinte controversie). La Corte assume, ancora una volta, posizioni disomogenee in *United States v. Texas et al.*, al punto che gli stessi osservatori e commentatori della Corte si trovano a dover spiegare, ad una prima disamina, in modi diversi. Da parte *liberal*, per esempio, la decisione *to hear the case* è stata fin dall’inizio vista come una mossa pragmatica per permettere alla parte della maggioranza conservatrice di apparire moderata, prima disapplicando la legge del Texas, per poi avallare il divieto posto dalla analoga legge del Mississippi. Altri commentatori, invece, l’hanno considerata solo come una ragionevole pausa di riflessione prima che la maggioranza della Corte, ora di stampo conservatrice, si decidesse a discostarsi – esplicitamente o implicitamente – dal *Roe* e dagli altri precedenti in tema di aborto dell’ultimo mezzo secolo.

### 2.1. Il contesto nazionale e internazionale

Anche in occasione dell’Order di ottobre il reasoning della Corte, come già anticipato, va contestualizzato in un ambito più esteso. La tematica, infatti, era, da tempo, ampiamente dibattuta non solo nei diversi contesti giurisdizionali statunitensi – tanto in sede statale che federale - ma, anche, in sedi istituzionali straniere.

Ad inizio settembre 2021, infatti, la Corte Suprema era già intervenuta<sup>33</sup>, negando - con cinque voti contro quattro, tra cui il Chief Justice Robert - la sospensione dell’applicazione della legge texana, rigettando, così, il ricorso del Dipartimento di giustizia. Ad ogni modo, in quell’occasione non si era pronunciata sulla costituzionalità della legge, appena entrata in vigore, ma aveva invocato “questioni di procedura complesse e nuove”. La Corte, aveva precisato, infatti, che “in particular, this order is not based on any conclusion about the constitutionality of Texas’s law, and in no way limits other procedurally proper challenges to the Texas law, including in Texas state courts” (p. 2).

La decisione dell’Alta Corte aveva innescato immediatamente un acceso dibattito ma, per le possibili implicazioni, aveva sollevato altresì numerose perplessità, sia provenienti da esponenti di altri organi costituzionali statunitensi, sia da istituzioni straniere. In particolare, un commento apertamente critico era pervenuto da parte della stessa Speaker della Camera, Nancy Pelosi che aveva subito definito quella della Corte una “mossa codarda” e, a seguire, aveva annunciato la presentazione di una legge

---

<sup>33</sup> Si tratta del caso *Whole Woman’s Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge et al.*, 594 U. S. (2021), in [www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24\\_8759.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24_8759.pdf).

che sancisse quanto stabilito nella nota sentenza *Roe*.

Dall'altra parte dell'oceano, proprio lo stesso giorno in cui il giudice distrettuale texano Pitnam adottava l'*order* con la *preliminary injunction*, il Parlamento europeo deliberava una *Proposta di risoluzione comune* (presentata a norma dell'art. 144, par. 5, e dell'articolo 132, par. 4, del regolamento) sulla legge federale relativa all'aborto in Texas (2021/2910 (RSP))<sup>34</sup>. E lo faceva a chiare lettere; sulla base, tra l'altro (le premesse sono esplicitate dalla lettera A alla lettera Z), del reciproco riconoscimento da parte di Stati Uniti e Unione Europea (ossia del "partenariato transatlantico") dei "diritti umani quali diritti inalienabili e inerenti tutti gli esseri umani". Veniva dunque espressa tutta la "profonda preoccupazione" (si parla anche di 'profondo rammarico') non solo per l'S.B. 8 della Stato del Texas ma, anche, per l'operato della Corte Suprema del 1 settembre: la quale, rifiutandosi di pronunciarsi a favore della sospensione dell'applicazione della misura legislativa – legge che, *ex multis*, si precisa, "equivale a un divieto quasi totale di aborto" (p.4) -, avrebbe potuto causare – sempre per usare le parole del Parlamento - "l'annullamento' nel prossimo futuro della sentenza *Roe* contro *Wade*". Ciò, si specificava, con "gravi ed estese ripercussioni sull'accesso all'assistenza sanitaria e sulla libera scelta delle donne negli Stati Uniti, considerando che in altri 11 Stati vigono leggi 'ad innesco' per vietare il diritto all'aborto, le quali entrerebbero automaticamente in vigore in caso di 'annullamento' della sentenza *Roe* contro *Wade*" (p.11, punto 22).

132

Non possono essere taciute, in ogni caso, le prime reazioni di alcuni giudici in seno alla Corte stessa. Le *dissenting opinions* dei Giudici Roberts, Breyer e Sotomayor esprimono chiaramente le molteplici perplessità, in primo luogo, rispetto alla scelta della Corte di non concedere una *injunctive relief* e di non occuparsi della costituzionalità della legge, con le relative implicazioni (è il Giudice Roberts che, in particolare, si espone spiegando che "I would grant preliminary relief to preserve the status quo ante – before the law went into effect – so that the courts may consider whether a state can avoid responsibility for its laws in such manner" (p. 2); nello stesso tempo, apre qualche spiraglio così sottolineando: "Although the Court denies the applicants' request for emergency relief today, the Court's order is emphatic in making clear that it cannot be understood as sustaining the constitutionality of the law at issue. But", prosegue, "although the Court does not address the constitutionality of this law, it can of course promptly do so when that question properly presented. At such time", conclude, "the question could be decided after full briefing and oral argument (...)", p.3). In secondo luogo, le obiezioni vertevano sullo schema di *enforcement* (sul tema, il Giudice Breyer esprime, attraverso una metafora, considerazioni limpidissime: "That delegation", con riferimento alla delega ai privati cittadini, "still threatens to invade a constitutional right, and the coming into

---

<sup>34</sup> Reperibile al link [www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2021-0490\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2021-0490_IT.html).

effect of that delegation still threatens imminent harm”; “There may be other not-very-new procedural bottles”, continua, “that can also adequately hold what is, in essence, very old and very important legal wine: the ability to ask the Judiciary to protect an individual from the invasion of a constitutional right – an invasion that threatens immediate and serious injury”, pp.2-3). Ma, ancora una volta, era stata la *dissenting opinion* di Sonia Sotomayor a stigmatizzare l’operato della Corte con parole dure e inequivocabili.

L’obiettivo palese era quello di confutare la scelta della maggioranza sotto vari profili: “Because the Court’s failure to act rewards tactics designed to avoid judicial review and inflicts significant harm on the applicants and on women seeking abortions in Texas, I dissent” (p.1). E, ancora: “The Act is clearly unconstitutional under existing precedents (...)”; “The Texas Legislature”, aveva insistito, “was well aware of this binding precedents. To circumvent it, the Legislature took the extraordinary step of enlisting private citizens to do what the State could not” (p.2). Così, fino a indicare la via: “At a minimum, this Court should have stayed implementation of the Act to allow lower courts to evaluate these issues in the normal course. Instead,” già aveva sottolineato, incredula, “the Court has rewarded the State’s effort to delay federal review of a plainly unconstitutional statute, enacted in disregard of the Court’s precedents, though procedural entanglements of the State’s own creation” (p.4).

Ma è nella parte finale della sua *opinion* che, già allora, non aveva lasciato spazio ad alcun equivoco: “The Court”, aveva ammonito, “should not be so content to ignore its constitutional obligations to protect not only the rights of women, but also the sanctity of its precedents and of the rule of law”. Dunque, concludeva, “I dissent” (p. 4).

### 3. Dialogo tra giudici statali e federali

Alla luce di tutto ciò, in definitiva, pare emergere un filo conduttore che va ben oltre quanto può apparire prima facie: una linea comune che unisce, senza soluzione di continuità, i vari *reasoning*<sup>35</sup> dei diversi giudici, statali e federali, che in questi mesi sono stati chiamati ad esprimersi.

Se nella vicenda del Mississippi, in ogni caso, il susseguirsi degli eventi ha seguito un corso tutto sommato conforme con la tradizione – che vede la decisione del giudice Higginbotham della Corte d’appello del quinto Circuito impugnata dallo Stato del Mississippi nel giugno 2020 di fronte alla Corte Suprema per essere selezionata e programmata per la discussione nel 2021- è dalla vicenda texana che emerge un primo, inedito, dialogo tra giudici di diversi livelli. Una sorta di confronto ‘a distanza’ che prende le forme attraverso la *dissenting opinion* della giudice Sotomayor.

---

<sup>35</sup> Per un approfondimento sul tema, che si arricchisce di un’indagine su diversi sistemi di common law, si rinvia al recente lavoro di G. Romeo, *L’argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020.

### 3.1. District Judge Pitman e Justice Sotomayor

Il Giudice distrettuale texano Pitman aveva statuito, ad inizio ottobre, di non poter accettare “one more day of this offensive deprivation of such an important right” (p.112).

Solo 15 giorni dopo, Sonia Sotomayor ha insistito, per la seconda volta, in occasione della sua opinione dissenziente, sull’importanza di una decisione tempestiva. Una tempestività, a suo dire, oltremodo preziosa, per l’effettiva tutela di un diritto per il quale “there is no dispute that under this Court’s precedents, women have a constitutional right to seek abortion care prior to viability”. “Every day that S.B. 8 remains in effect”, ha sottolineato rinviando all’intento – di cui quella legge a suo parere è espressione – “to frustrate that right by raising seemingly novel procedural issues”, “is a day in which such tactics are rewarded”. “And every day the scheme succeeds”, ha evidenziato, “increases the likelihood that it will be adapted to attack other federal constitutional rights” (p.7).

Tale recente opinione, diventata quasi un’accurata richiesta di una riflessione più profonda, da operarsi tempestivamente, va ora collocata considerando le ben precise premesse su cui fonda il suo ragionamento: pur riconoscendo che le circostanze sono eccezionali (p.7), quello che pone la giudice Sotomayor è, ancora una volta, un tassello decisivo non solo per il caso in sé, ma - anche e soprattutto -, per il modo stesso di concepire il processo decisionale della Corte Suprema. Non ultimo, per il ruolo e il prestigio di quella istituzione. Si tratta di una non velata sottolineatura di punti critici incidenti sulla decisività dell’intervento della Corte in circostanze, appunto, “*exceptional*” (p.7) e sull’importanza del tempo in cui le decisioni vengono prese. Questioni di estremo interesse sul piano costituzionale, oltre che di importanza cruciale per un esame aggiornato dei sistemi di giustizia costituzionale contemporanei, in epoca di crisi.

Quasi scusandosi per non riuscire ad esprimere in poche pagine tutto ciò che avrebbe avuto da dire<sup>36</sup>, infatti, delinea con una lucidità estrema il cuore del problema: “But as excerpts illustrate” – il riferimento è a quanto prima citato con encomiabile precisione circa le motivazioni del rigetto nell’order del giudice distrettuale Pitman – “the State (empowered by this Court’s inaction) has so thoroughly chilled the exercise of the right recognized in Roe as to nearly suspend it within its borders and strain access to it in other States”. Di qui, la statuizione più preoccupante: “The State’s gambit has worked. The impact”, annuncia, “is catastrophic” (p.6).

Ma è poi nella parte finale della sua opinion che emerge tutta la “tragicità”<sup>37</sup> della presa di posizione della Corte:

“Women seeking abortion care in Texas are entitled to relief from this Court now. Because of the Court’s failure to act, today” – da qui la sua denuncia – “that relief if it comes, will be too late for many” (p.7).

<sup>36</sup> “I cannot capture the totality of this harm in these pages” (p. 6).

<sup>37</sup> G. Calabresi, P. Bobbit, *Tragic Choices*, NY, 1978.

### 3.2. Circuit Judge Higginbotham: the People's Rights tra discrezionalità politica e controllo giurisdizionale

Anche nel momento in cui ci si sposta al giudizio del Quinto Circuito dello Stato del Mississippi, possiamo ravvisare alcune pregevoli argomentazioni, sia pur espresse in nota alla decisione, che aprono uno scorcio che va molto oltre la decisione stessa del Circuit Judge Higginbotham: si può dire che qualifichino, senza ombra di dubbio, il presente e il passato del rapporto tra legislatori e giudici, tra discrezionalità politica e controllo giurisdizionale. Considerazioni che, a ben vedere, paiono indirizzare verso scenari futuri, ben oltre il caso della legge di quello Stato.

Il ragionamento, che si fonda su precedenti illustri, dà conto anche del clima in cui si sta operando.

“The courts”, si afferma, “did not enact HB 1510 into law—the Mississippi Legislature did. No federal judge anywhere in the nation—and certainly none who respect the proper role of the judiciary under our Constitution—would impose a policy like HB 1510 from the bench”.

In questo senso, infatti, il rinvio è al precedente *Casey*, 505 U.S. at 979, ove il Giudice Scalia, “concurring in the judgment in part and dissenting in part”, aveva affermato che “The States may, if they wish, permit abortion on demand, but the Constitution does not require them to do so”.

Alla luce di queste significative premesse, si sottolinea che “the suggestion that a judge’s demographic background bears upon the validity or intellectual integrity of a decision reflects”, e questo è il punto, “a troubling view of judging. It is”, si insiste, anticipando con lungimiranza il clima degli oral arguments, “a direct attack on the principle of judicial objectivity and impartiality - that judges rule based on legal principle alone, without regard to the demographics of the parties or the judge. Our Founders famously envisioned a judiciary capable of ruling based on “judgment,” not “will”<sup>38</sup>. “To avoid an arbitrary discretion in the courts”, ricorda da ultimo il Giudice, ancora rinviando, non casualmente, ai Padri fondatori, “it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents”<sup>39</sup>. Sarà così anche questa volta?

## 4. Critical Oral Arguments dinanzi alla Corte Suprema

È su questi presupposti, e con un’aurea del tutto innovativa, che il tema dell’aborto, in seno alla Corte Suprema, prende forma, nell’anno 2021. Le memorie depositate<sup>40</sup>, gli official transcripts - ma, soprattutto, l’audio - delle

<sup>38</sup> Di questo importante assunto, si fa carico il rinvio ai Padri fondatori, nel *The Federalist* n. 78, Alexander Hamilton, Kesler ed., 1999, 464. Il medesimo percorso logico si ritrova nella decisione *Medical* del 2020, in particolare nella concurring opinion del Chief Justice Roberts.

<sup>39</sup> Decisione dell’U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 18-60868, cit., 31, nota 7.

<sup>40</sup> Cui si sono aggiunte le oltre cento degli amici curiae (compresa la friend of the court

discussioni pubbliche da cui si può chiaramente percepire l'incalzare del questioning di questa sessione cruciale, ne sono prova evidente.

Basti pensare che nel Mississippi Case, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (19-1392)*<sup>41</sup>, posto in agenda a maggio in vista dell'Oral Argument del 1 dicembre 2021, lo Stato del Mississippi chiede espressamente alla Corte di "overrule those decisions"<sup>42</sup> (i.e. *Roe* e *Casey*) e, non a caso, esordisce nella memoria di costituzione proprio mettendo in discussione i fondamentali che reggono un sistema di common law come quello statunitense:

"On a sound understanding of the Constitution, the answer to the question presented in this case is clear and the path to that answer is straight. Under the Constitution, may a State prohibit elective abortions before viability? Yes. Why? Because nothing in constitutional text, structure, history, or tradition supports a right to abortion. A prohibition on elective abortions is therefore constitutional if it satisfies the rational basis review that applies to all laws"<sup>43</sup>.

I Texas cases, cioè *United States v. Texas (21-588)*<sup>44</sup>, a cui si aggiunge il caso *Whole Woman's Health v. Jackson (21-463)*<sup>45</sup>, si sono inseriti – come si è visto, da ultimo, e inaspettatamente – per l'Oral Argument del 1 novembre 2021. E la singolarità delle circostanze è stata subito posta in evidenza: "(...) this time is different"<sup>46</sup>.

---

brief del Solicitor General Brian H. Fletcher, Reperibile al link [www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/193090/20210920191605396\\_19-1392bsacUnitedStates.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/193090/20210920191605396_19-1392bsacUnitedStates.pdf).

<sup>41</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (19-1392)*, "Issue: Whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional", in [www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/](http://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/).

<sup>42</sup> "(...) Overruling *Roe* and *Casey* makes resolution of this case straightforward. The Mississippi law here prohibits abortions after 15 weeks' gestation, with exceptions for medical emergency or severe fetal abnormality. That law rationally furthers valid interests in protecting unborn life, women's health, and the medical profession's integrity. It is therefore constitutional. If this Court does not overrule *Roe* and *Casey*'s heightened-scrutiny regime outright, it should at minimum hold that there is no pre-viability barrier to state prohibitions on abortion and uphold Mississippi's law": *Opening brief to the Supreme Court* per lo Stato del Mississippi, in [www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/184703/20210722161332385\\_19-1392BriefForPetitioners.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/184703/20210722161332385_19-1392BriefForPetitioners.pdf), 5.

<sup>43</sup> *Opening brief to the Supreme Court* per lo Stato del Mississippi, cit., 1.

<sup>44</sup> *United States v. Texas*, Oyez, in [www.oyez.org/cases/2021/21-588](http://www.oyez.org/cases/2021/21-588). "Issue: Whether the United States may bring suit in federal court and obtain injunctive or declaratory relief against the state, state court judges, state court clerks, other state officials, or all private parties to prohibit Texas Senate Bill 8 from being enforced", in [www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-texas-3/](http://www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-texas-3/).

<sup>45</sup> *Whole Woman's Health v. Jackson (21-463)*, "Issue: Whether a state can insulate from federal-court review a law that prohibits the exercise of a constitutional right by delegating to the general public the authority to enforce that prohibition through civil actions", in [www.scotusblog.com/case-files/cases/whole-womans-health-v-jackson/](http://www.scotusblog.com/case-files/cases/whole-womans-health-v-jackson/).

<sup>46</sup> "Over the past 30 years", si è infatti recentemente ricordato, "the Supreme Court has heard oral argument on abortion rights in at least seven different cases. Each time abortion rights supporters feared it would be the end of *Roe*. Yet", appunto, si è

Considerazioni, convincimenti e affermazioni come quest'ultima, che sottolineano l'eccezionalità del momento e dell'evento – e che, tra l'altro, non possono considerarsi limitate al contesto statunitense –, hanno spinto i più autorevoli costituzionalisti a costituirsi nel giudizio Dobbs proprio per due principali motivi. Per ragioni espressamente palesate nella memoria, depositata quali amici curiae, in quella stessa controversia ma, di fatto, con una valenza di principio ben più estesa: innanzitutto, come risulta agli atti, poiché “overturning that precedent (i.e. Roe) would mark a stunning reversal of the Due Process jurisprudence this Court has built over the past several decades, calling into question a host of other fundamental Due Process rights”<sup>47</sup>; in secondo luogo, per sottolineare che “*Stare decisis* is the cornerstone of the Court’s jurisprudence and the bedrock of its legitimacy of its legitimacy, and there is no justifiable reason to abandon this principle here. The viability line”, si insiste, “is logical and workable, and one of many lines this Court has drawn to protect constitutional liberties”<sup>48</sup>.

La preoccupazione risiede, evidentemente, nella composizione attuale della Corte, sì a maggioranza conservatrice, ma a cui conseguono linee interpretative differenti, anche all'interno del medesimo approccio interpretativo o legacy. Queste difformità, che pur sembrano riverberarsi nella fase applicativa della legge in esame, fanno altresì scaturire, in buona sostanza, una peculiare riflessione in chiave evolutiva dello stesso sistema del precedente statunitense. È su quest'ultima prospettiva, infatti, che occorre focalizzarsi per rinvenire eventuali profili utili a comprendere come questo sindacato possa incidere sull'applicazione di principi fondamentali di un ordinamento, di matrice giurisprudenziale, come quello statunitense<sup>49</sup>. Da questa medesima prospettiva, tra l'altro, si dispiega la specifica scelta degli argomenti che i costituzionalisti americani hanno utilizzato per delineare, millimetricamente, il perimetro che la Corte si ritaglia in sede di self-restraint nell'ambito del judicial review. Ne emerge un'insistenza marcata sui fondamentali dell'assetto costituzionale statunitense: il solido aggancio del *right to abortion* alla Costituzione statunitense<sup>50</sup>, da un lato; ma, soprattutto, il ruolo dello *Stare decisis* in materia<sup>51</sup> nell'ordinamento

---

sottolineato, “this time is different”: J. F. Kay, *This Time It's Different at the US Supreme Court*, cit., 1.

<sup>47</sup> *Brief for Constitutional Law Scholars as Amici Curiae supporting respondents*, cit., 3.

<sup>48</sup> *Brief for Constitutional Law Scholars as Amici Curiae supporting respondents*, cit., 4.

<sup>49</sup> “Advocates will face justices who claim loyalty to principles of ‘stare decisis’, or standing by precedents, but often are bitterly divided over how to apply them”: così affermava Christine Schiffner, Bureau Chief del The National Law Journal, in vista dell'udienza che, di lì a poche ore, sarebbe iniziata, nella testata editoriale del 1 dicembre della nota rivista.

<sup>50</sup> Questione che si sviluppa nei seguenti due profili: “The right to an Abortion Fits Within a Fundamental Liberty Interest under the Due Process Clause” e “History and Tradition, ad Applied in Accordance with the Court’s Due Process Jurisprudence, Support Holding that the Abortion Rights Is Fundamental”: *Brief for Constitutional Law Scholars as Amici Curiae supporting respondents*, cit., 5-17.

<sup>51</sup> Sul tema “*Stare Decisis* Requires the Court to Reject Any Abrogation of the Right to

statunitense, dall'altro.

A ciò si aggiunga un ulteriore profilo di non poco rilievo. Un approccio che va ben oltre il pur tanto atteso sindacato della Corte e che si colloca nella dimensione multilivello di tutela costituzionale offerta dall'intreccio tra tutele federali e tutele statali. Si registra, infatti, un significativo orientamento che spinge a operare in vista di una c.d. Proactive Abortion Agenda<sup>52</sup> a fronte del convincimento che "Court's ability to act as a stopgap has already been eroded". Tale prospettiva si ritiene meriti particolare attenzione, se non altro poiché valorizza, riabilitandole nel panorama pluralistico degli Stati federati, le 'positive measures' di quei legislativi statali di cui si è detto, che hanno operato proprio in quella direzione<sup>53</sup>.

Il clima dell'attesa per le udienze programmate - nella parte finale del 2021 - dalla Corte Suprema ha, in ogni caso, già segnato un'epoca<sup>54</sup>: il

---

Pre-Viability Abortion", i sottoscrittori si soffermano su due profili di estremo interesse nella prospettiva costituzionale, in specie per le implicazioni in un ordinamento che, al principio dello *Stare Decisis*, ha sempre ritenuto dare un approccio dinamico ed evolutivo (*ex multis*, A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna/Roma, 2011, 714 e ss.): uno, "*Stare Decisis Is Tradition*" e, nello specifico, due, "*Stare decisis Requires Upholding Roe and Casey's Viability Line, Which Is Non-Arbitrary, Workable, and Constitutionally Principled*": *Brief for Constitutional Law Scholars as Amici Curiae supporting respondents*, cit., 18-30. Così si è affermato, per spiegare la minore rigidità del sistema statunitense: "(...) one can note the lack of legal training of many early American judges, the distrust of the judiciary that was often expressed, the great dearth of books, an open, undifferentiated and undisciplined bar, the involvement of court in public law issues, the novelty of many of the problems they faced. In an environment so different, conceptions of precedent and of the responsibility of judges, were certain to differ. Without the protective screen of a small, expert and closely allied bar, American courts stood out in greater isolation, while their creative role was more evident", in J.D. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, 85, in V. Varano, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso, Il diritto giurisprudenziale*, Pisa, 16 dicembre 2019, a cura di V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti e R. Tarchi, Pisa, Pisa, 2020, 182.

<sup>52</sup> J. F. Allsbrook, N. Ellmann, *A Proactive Abortion Agenda. Federal and State Policies to protect and Expand Access*, Mar. 17, 2021, in [www.americanprogress.org/article/proactive-abortion-agenda/](http://www.americanprogress.org/article/proactive-abortion-agenda/).

<sup>53</sup> "(...) because the Supreme Court acts as the floor of federal rights, there are many positive protections that states can offer. Rather than sit and wait for the Court's ruling, we can and must take action now": J. F. Kay, *This Time It's Different at the US Supreme Court*, cit., 2.

<sup>54</sup> Supreme Court Headlines: *I Once Urged the Supreme Court to Overturn Roe. I've Changed My Mind*. "To overturn Roe now would be an act of constitutional vandalism — not conservative, but reactionary" (New York Times); *The Judge Who Told the Truth About the Mississippi Abortion Ban*. "The ban that comes before the Supreme Court tomorrow is 'pure gaslighting,' says the controversial judge who struck it down" (Atlantic); *The Supreme Court Is Poised to Sabotage the Administrative State*. "The Supreme Court won't just be considering whether the Department of Health and Human Services misread the laws that structure Medicare. The justices will also consider how much deference to give federal agencies when interpreting those laws—a seemingly minor question with vast implications for federal regulatory agencies, for congressional powers, and for American democracy itself" (The New Republic); *Who's Afraid of Gradualism in Dobbs?* "Even though both parties and many observers are eager for a final reckoning with abortion rights, both the public and the Court itself would be far better served by a more gradual, judicious approach"(Re's Judicata).

dibattito dell'opinione pubblica è stato uno dei più vivaci degli ultimi tempi e, come si è potuto notare, anche l'Europa ha guardato – guarda ora a quel bench, e guarderà alle sue decisioni - con trepidante attesa ma, allo stesso tempo, probabilmente, anche con qualche, comprensibile aspettativa<sup>55</sup>.

#### 4.1. L'Oral discussion del 1° novembre 2021

Gli snodi tematici e i quesiti su cui si attendeva qualche riscontro durante l'udienza sono stati sintetizzati, qualche giorno prima, da alcuni studiosi statunitensi nei cinque seguenti profili: “1. Do justices pivot to *Roe v. Wade*? 2. What will Chief Justice Roberts do? 3. Can abortion rights advocates convince another justice to swing? 4. Does the ‘parade of horrors’ prove convincing? 5. How big a rush are the justices in?”<sup>56</sup>.

I più autorevoli costituzionalisti si erano espressi, da una parte, invitando, quanto al primo quesito, a prestare attenzione al linguaggio utilizzato dai giudici, nei termini in cui avrebbe potuto rivelare l'orientamento rispetto al precedente *Roe* (preoccupazioni sulla sua tenuta, o viceversa)<sup>57</sup>; dall'altra, a ragionare sulla seguente “key question”: ossia,

“whether the justices are probing the question of the constitutionality of abortion regulation, or just about the intriguing procedural-jurisdictional questions involved in the case”<sup>58</sup>.

Questione che, di fatto, si è posta proprio alla luce del precedente *Order* della Corte e, in particolare, della dissenting opinion della giudice Sotomayor, in questo scritto richiamata. L'attenzione sulla posizione del Chief Justice, poi, si fonda sul fatto che già nell'occasione di settembre si era posizionato dalla parte dei giudici liberal, dissentendo sulla decisione di non sospendere l'applicazione della legge. Su altro fronte, si attendeva un grande impegno, da parte dei legali chiamati a sostenere gli abortion rights, per convincere, in particolar modo, i Giudici Kavanaugh e Barrett, oltre che, il giudice Gorsuch, mentre vi erano ben poche fondate aspettative circa il mutamento di indirizzo da parte del giudice Thomas. Ma il punto cruciale rimane il dibattito sul possibile effetto ‘contagioso’ del privately-enforced Texas abortion law, non solo nei confronti di altri Stati sulla medesima materia, ma anche con estensione al diritto dei privati di utilizzo delle armi.

Le domande poste nel corso dei primi due oral arguments di fronte alla

<sup>55</sup> Ciò, in vista anche del dibattito in corso nel contesto europeo. Sul tema, si rinvia B. Ryder, *Could a U.S.-style culture war over abortion be brewing in Europe?*, Nov. 8. 2021, in [www.americamagazine.org/politics-society/2021/11/08/europe-abortion-poland-241758](http://www.americamagazine.org/politics-society/2021/11/08/europe-abortion-poland-241758).

<sup>56</sup> J. Gerstein, A.M. Ollstein, *5 Questions when the Supreme Court takes up the Texas Abortion Law*, Oct. 31, 2021, in [www.politico.com/news/2021/10/31/supreme-court-texas-abortion-case-517760](http://www.politico.com/news/2021/10/31/supreme-court-texas-abortion-case-517760).

<sup>57</sup> Così, in particolare, la prof.ssa Caroline Fredrickson, della Georgetown University, già Presidente dell'American Constitution Society.

<sup>58</sup> Si tratta della voce del prof. Michale McConnel della Stanford University, già Giudice del 10th Circuit Court of Appeals, in J. Gerstein, A.M. Ollstein, *5 Questions when the Supreme Court takes up the Texas Abortion Law*, cit., 3.

Corte Suprema (*Whole Woman’s Health v. Jackson*<sup>59</sup> e *United States v. Texas*<sup>60</sup>) paiono propendere per concedere la possibilità di ricorrere a livello locale e statale avverso la normativa texana<sup>61</sup>. Ma se il dubbio era su una possibile maggioranza compatta da parte dei giudici conservatori, a fronte della posizione chiara, già espressa precedentemente, dai giudici liberali, nel corso di un dibattito durato circa tre ore è emerso che almeno i giudici Kavanaugh e Barrett si sono dimostrati molto scettici. Le loro perplessità hanno riguardato soprattutto lo schema applicativo della legge e la sostanziale imposizione, per i fornitori di queste prestazioni, di dover agire in giudizio impedendo, così, ai propri diritti costituzionali di essere - come si è espressa la giudice Barrett nei confronti del legale del Texas - “fully aired”.

Un profilo rimane comunque cruciale, per il tema in questione: in nessun caso, nel corso di quell’udienza, il diritto all’aborto doveva essere affrontato quale questione di legittimità costituzionale. Ed infatti, la maggior parte delle domande si sono concentrate sulla legge e sul suo modo di alterare l’aborto – quale diritto e quale pratica – a livello statale, prima di un eventuale cambiamento rispetto ai noti precedenti giurisprudenziali. La giudice Kagan sottolineava, infatti, al legale dello Stato texano l’inedita iniziativa (“no state dreamed”) adottata, mai prima d’ora, per aggirare i precedenti della Corte Suprema, con evidenti possibili conseguenze in altri ambito quali “guns, same-sex marriage, religious rights”. “Whatever you don’t like”, ha sottolineato il giudice Kagan, “go ahead”). Trattasi indubbiamente di una preoccupazione fondata, dal momento che ogni decisione al riguardo avrebbe potuto riverberarsi, altresì, anche nei confronti di altri diritti costituzionalmente garantiti, così come paventato espressamente anche dal giudice Kavanaugh. D’altra parte, però, poiché la legge texana, in buona sostanza, confligge con precedenti della Corte Suprema che hanno segnato la storia – da cui la proibizione agli Stati federati di vietare l’interruzione nelle prime fasi della gravidanza -, è stato l’avvocato federale, Solicitor General Elisabeth Prelogar, per gli Stati Uniti, a ricordare che quella legge è stata approvata in “open defiance” di quei

<sup>59</sup> Trascrizione e audio reperibili al link [www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/audio/2021/21-463](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/21-463).

<sup>60</sup> Trascrizione e audio reperibili al link [www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/audio/2021/21-588](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/21-588).

<sup>61</sup> Rispetto a quanto avvenuto a Settembre, infatti, quando con un 5-4 ruling la Corte aveva permesso alla legge di entrare in vigore, due giudici hanno fatto capire di assumere una posizione diversa: i giudici Kavanaugh e Barrett, attraverso le loro domande, hanno fatto intendere di pensare che “the novel structure of the Texas law” avrebbe giustificato il fatto di consentire ai providers di contestarla. Il giudice Kavanaugh, si è esposto dicendo che ciò avrebbe permesso di superare l’empasse. La giudice Barrett, affermando che la legge è stata strutturata per prevenire ai providers di presentare una “full constitutional defence”. Sul tema, in particolare: K. Breuninger, *Supreme Court Conservatives Sound Skeptical about Parts of Texas Abortion Law During Oral Arguments*, Nov. 1, in [www.cnbc.com](http://www.cnbc.com); A. De Vogue, *Two Conservative Supreme Court Justices Appear Now Open to Abortion Providers Being Able to Challenge Texas Law*, Nov. 1, 2021, in [www.edition.cnn.com](http://www.edition.cnn.com).

precedenti: una legge, ha insistito, “that clearly violates this court’s precedents”, “a brazen attack on the coordinate branches of the federal government”, “an attack on the authority of this court”. La difesa legale del Texas ha tentato di dimostrare che la legge non è “a novel problem for which this court must concoct a novel solution”, provocando la reazione di dissenso dei giudici Breyer e Kagan.

Il più diretto riferimento al tema e, dunque, al successivo caso che la Corte avrebbe ascoltato il mese dopo, è arrivato dal giudice Alito, quando ha posto il problema - chiedendo espressamente - se la decisione dei providers del Texas di interrompere le pratiche per l’aborto sia attribuibile al timore di possibili responsabilità nell’eventualità di superamento dei precedenti Roe o Casey.

A conclusione degli oral arguments di quella mattinata, l’Attorney General Herring ha divulgato un comunicato ufficiale dichiarandosi fiducioso sul fatto che la Corte “will do the right thing and uphold the decades-old precedent that the right to an abortion is protected under our Constitution”<sup>62</sup>. Evidentemente, lo sguardo era già alla successiva occasione di dialogo sul tema.

#### 4.2. L’Oral discussion del 1° dicembre 2021

La mattina stessa, in procinto dell’udienza, così esordiva l’editoriale del National Law Journal, Supreme Court Brief: “Good morning and welcome to Supreme Court Brief. The justices hear arguments in one case today and”, si precisava, “it is huge”. Proseguiva, sottolineando il profilo professionale dei legali che avrebbero discusso di fronte alla Corte – citando i giudici che quei legali avevano ‘servito’ durante il periodo in cui avevano assunto il ruolo di assistenti di studio presso quella Corte -. Ora, quegli avvocati, si sarebbero scontrati di fronte a quei medesimi giudici o, in un caso, al loro successore: “We’ve featured the lawyers arguing earlier but just a reminder: Mississippi Solicitor General Scott Stewart, a former Thomas clerk, will make the state’s case. He will face Julie Rikelman of the Center for Reproductive Rights and U.S. Solicitor General Elizabeth Prelogar, a former Ginsburg and Kagan clerk”<sup>63</sup>.

“Feelings run high”<sup>64</sup>: può essere considerata la frase simbolo del clima

<sup>62</sup> “Not only does Texas’ law essentially ban all abortions, it also emboldens unchecked vigilantes to take the law into their own hands, something that even the most conservative justices appeared to take issue with. This disgusting law has burdened women in Texas for too long and the Supreme Court must strike it down, preventing further blatantly unconstitutional abortion bans from being passed in other states across the country”: Attorney General Herring Confident Following SCOTUS Oral Argument on Unconstitutional Texas Abortion Ban, Richmond (Nov. 1, 2021), in [www.oag.state.va.us/media-center/news-releases/2200-november-1-2021-herring-confident-following-scotus-oral-argument-on-unconstitutional-texas-abortion-ban](http://www.oag.state.va.us/media-center/news-releases/2200-november-1-2021-herring-confident-following-scotus-oral-argument-on-unconstitutional-texas-abortion-ban).

<sup>63</sup> M. Coyle, *National Law Journal*, *Supreme Court Brief*, Dec. 1, 2021.

<sup>64</sup> Transcript Dec. 1, [www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2021/19-](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-)

che si è creato fin dall'inizio della discussione. Ma è, soprattutto, il primo richiamo che il giudice Breyer ha fatto al Solicitor General dello Stato del Mississippi, Stewart, nei primi minuti del dibattito. Il legale del Mississippi, dopo l' incisivo esordio<sup>65</sup> sull'imprescindibile superamento<sup>66</sup> dei precedenti poiché “have no basis in the Constitution” e la risposta sull'undue burden standard<sup>67</sup>, come alternativo al viability standard in caso di negazione di overruling ha, di fatto, creato le condizioni per discutere del modo e del clima nel quale la Corte affronta – e deve affrontare – queste sfide. Quelle parole del Giudice Breyer, intervenuto per secondo dopo il giudice Thomas<sup>68</sup>, hanno posto le premesse per un confronto costituzionalmente orientato. Dunque, per un serio – oltre che necessariamente intenso – dibattito pubblico<sup>69</sup> su un tema che, di fatto, è emerso subito, divide la Corte, tanto quanto l'intero Paese. Ma che, si è reso subito evidente, non poteva o doveva essere politicizzato. Con il suo intervento, che parte dalla rilettura pubblica di alcuni passaggi del precedente Casey, Breyer ha ricordato, infatti, che “(...) it is particularly important to show what we do in overturning a case

---

[1392\\_gfbi.pdf](#). M. Walsh, *Feelings run high: Two hours of tense debate on an issue that divides the court and the country*, Dec. 1, 2021, in [www.scotusblog.com/2021/12/feelings-run-high-two-hours-of-tense-debate-on-an-issue-that-divides-the-court-and-the-country/](http://www.scotusblog.com/2021/12/feelings-run-high-two-hours-of-tense-debate-on-an-issue-that-divides-the-court-and-the-country/).

<sup>65</sup> “Roe versus Wade and Planned Parenthood versus Casey haunt our country. They have no basis in the Constitution. They have no home in our history or traditions. They've damaged the democratic process. They've poisoned the law. They've choked off compromise. For 50 years, they've kept this Court at the center of a political battle that it can never resolve. And 50 years on, they stand alone. Nowhere else does this Court recognize a right to end a human life”: Transcript Dec. 1, cit., 4.

<sup>66</sup> G. Tieghi, *Per una “Costituzione continuamente attualizzata”: Corte costituzionale e overruling*, in AA.VV., *Atti della Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin, Riforme. Opinione a confronto*, Napoli, 2015.

<sup>67</sup> Di cui al precedente Casey. Sul tema, P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent? Analysis of June Medical Services v. Russo in a Newly Configured Supreme Court*, 2020 (reperibile in [ssrn.com](https://ssrn.com)).

<sup>68</sup> Secondo la nuova prassi, oltre che il nuovo format post pandemia, che lo vede intervenire dopo anni di silenziosa partecipazione agli oral arguments. Sul tema dell'organizzazione delle udienze della Corte Suprema statunitense durante la pandemia si rinvia a P. Magarò, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del Covid-19 (Uno sguardo di insieme)*, in *Consulta Online*, Fasc. 1, 2020. È da evidenziare, in ogni caso, che il sistema delle “telephone conference” – con partecipazione dei giudici alle udienze da remoto e la possibilità della diretta audio della seduta per i media – ha avuto delle conseguenze anche nel periodo post pandemia, quando la Corte è tornata in presenza. Nel mese di settembre 2021, infatti, in vista dell'October Term, la Corte ha annunciato la revisione del format dell'oral argument (*Guide for Counsel. In cases to be argued before the Supreme Court of the United States*, in [www.supremecourt.gov/Guide%20for%20Counsel%202021.pdf](http://www.supremecourt.gov/Guide%20for%20Counsel%202021.pdf)) attraverso l'importazione del sistema utilizzato durante la pandemia. Si preannunciava che, mentre avrebbe mantenuto la tradizionale pratica del questioning senza alcun particolare ordine (il tradizionale “free for all”), ci sarebbe stata un'ulteriore opportunità: una volta scaduto il tempo per l'avvocato di esporre, ci sarebbe stata la possibilità per i giudici di porre domande specifiche in ordine di anzianità.

<sup>69</sup> Trascrizione e audio reperibili al link [www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/audio/2021/19-1392](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/19-1392).

is grounded in principle and not social pressure, not political pressure”<sup>70</sup>. Sulla medesima linea, con particolare enfasi, si è inserita la giudice Sonia Sotomayor, esprimendo dissenso rispetto alle affermazioni di alcuni “sponsors of the bill” circa l’approvazione della legge ora che ci sono nuovi giudici alla Corte<sup>71</sup>. “Will this institution survive the stench that this creates in the public perception”, ha chiesto retoricamente, “that the Constitution and its reading are just political acts?”<sup>72</sup>. Sul punto, ancora, dopo essere stata interrotta da Chief Justice, ha ripreso la parola.

La questione merita un’ulteriore riflessione. Atteso che, se è oggettivamente palese l’impatto sull’interpretazione costituzionale dei giudici di recente nomina sia sul rapporto tra originalismo e testualismo, sia sull’interrelazione tra le teorie dell’interpretazione costituzionale e il principio dello *stare decisis* in materia<sup>73</sup>, è pur vero che quella Corte ha, da sempre, tentato di operare per superare, valorizzando la rule of law, la conflittualità politica e culturale in merito all’aborto. Anche in questa occasione, si è reso evidente, vi è stato spazio per tutte le posizioni. Queste ultime, in ogni caso, va precisato, non necessariamente debbono essere lette nel tentativo di trovare forzatamente, secondo una prospettiva giuridica, un punto di comune incontro<sup>74</sup>. Anzi, si potrebbe dire – estremizzando – che non è nemmeno lo scopo della dialettica in quella sede. E lo si vede, come dimostra anche quest’ultima occasione, proprio quando in gioco ci sono le libertà.

<sup>70</sup> “And then there are two sentences”, ha continuato, alzando il tono della voce, “I’d like to read because they say they really mean this, the – the Court, not just three: To overrule under fire in the absence of the most compelling reason, to reexamine a watershed decision, would subvert the Court’s legitimacy beyond any serious question. And the last sentence, (...) they say overruling unnecessarily and under pressure would lead to condemnation, the court’s loss of confidence in the judiciary, the ability of the court to exercise the judicial power and to function as the Supreme Court of a nation dedicated to the rule of law”: Transcript Dec. 1, cit., 9 e 10.

<sup>71</sup> Tema ampiamente affrontato dalla dottrina, quello dei c.d. newly appointed Justices, tra il 2017 e il 2020. A titolo esemplificativo: M. Goldhaber, *American Presidency: The Conundrum of Justice Gorsuch’s Supreme Court Appointment*, in *IBA Global Insight*, 2017; P. J. Aschenbrenner, *United States of America: Nomination of DC Circuit Judge Brett Kavanaugh to the United States Supreme Court ignites Public Firestorm over Allegations of Sexual Misconduct, Alcohol-Fuelled misbehaviour and Lack of Judicial Temperament – Nominee Brutally Describes Senate Judiciary Proceedings: “This is a circus”*, in *Public Law*, 2019; M. Samuels, *How Will Amy Coney Barret’s Confirmation to the Supreme Court Impact Public Health? Two School of Public Health Experts Weigh in on What to Expect*, Oct. 30, 2020, in [www.bu.edu/articles/2020/how-will-amy-coney-barrett-confirmation-affect-public-health/](http://www.bu.edu/articles/2020/how-will-amy-coney-barrett-confirmation-affect-public-health/).

<sup>72</sup> Transcript Dec. 1, cit., 15. Stewart ha risposto: “Justice Sotomayor, I think the concern about appearing political makes it absolutely imperative that the court reach a decision well grounded in the Constitution, in text, structure, history, and tradition, and that carefully goes through the stare decisis factors that we’ve laid out”; “Casey did that”, ha replicato lei. “No, it didn’t, Your Honor, respectfully”, ha insistito lui: Transcript Dec. 1, cit., 15 e ss.

<sup>73</sup> Per una approfondita analisi su questi profili si rinvia a G. Romeo, *The Supreme Court’s Debate on Constitutional Interpretation Under Trump Presidency*, in *Dpce Online*, n.1/2021, spec. da 979.

<sup>74</sup> N. Devis, *Shaping Constitutional Values: Elected Government, The Supreme Court, and the Abortion Debate*, Baltimore, 1996.

Val la pena, però, soffermarsi su un passaggio importante della Giudice Sotomayor:

Counsel, there's so much that's not in the Constitution, including the fact that we have the last word. *Marbury versus Madison*. There is not anything in the Constitution that says that the Court, the Supreme Court, is the last word on what the Constitution means. It was totally novel at that time. And yet, what the Court did was reason from the structure of the Constitution that that's what was intended<sup>75</sup>.

Ed è ancora sul ruolo del precedente nel sistema americano che i giudici si sono confrontati, una volta che l'U.S. Solicitor Prelogar - in supporto del Jackson Women's Health - ha ricordato che "If this court renounces the liberty interests recognized in *Roe* and reaffirmed in *Casey*, it would be" - ha utilizzato le seguenti parole - "an unprecedented contraction of individual rights and a stark departure from principles of *stare decisis*"<sup>76</sup>. Tale affermazione le è valsa una serie di domande da parte dei tre "nuovi giudici", Gorsuch, Kavanaugh e Barrett. Il primo, che era rimasto silenzioso durante il June Medical argument del 2020<sup>77</sup>, ma aveva votato dissentendo per sostenere le restrizioni statali, le ha chiesto se vi fossero altri "intelligible principle" che la Corte avrebbe potuto usare, secondo lei, in caso di rigetto della viability line; dall'altra parte, il Giudice Kavanaugh, si è soffermato sul difficile bilanciamento tra due interessi (women's bodily integrity and fetal life) e sul ruolo della Corte nel panorama istituzionale statunitense<sup>78</sup>. Da ultima, la Giudice Barrett, si è concentrata più volte, oltre che sul modo di concepire il precedente, sulle c.d. safe haven laws e sull'adozione come alternative all'aborto<sup>79</sup>.

Un commento finale a questo oral argument, più di tutti, vale la pena di essere riportato. Se - si era notato con un certo scalpore - l'udienza pubblica era iniziata in modo inusuale tra le parti<sup>80</sup>, è con la stretta di mano finale tra i rappresentanti legali di esse che si chiude un cerchio: tra le parti avversarie ma, soprattutto, tra le parti e i giudici. Non è solo una formalità. È ciò che delinea il grado di civiltà delle democrazie contemporanee: "The country and these parties remain sharply divided, but in the end custom and decorum prevail in the courtroom"<sup>81</sup>.

<sup>75</sup> Transcript Dec. 1, cit., 22 e ss.

<sup>76</sup> "The real-world effects of overruling *Roe* and *Casey* would be severe and swift. Nearly half of the states already have or are expected to enact bans on abortion at all stages of pregnancy, many without exceptions for rape or incest": Transcript Dec. 1, cit., 85.

<sup>77</sup> V. nota 15.

<sup>78</sup> "When you have those two interests at stake (...) and both are important, (...) why should this court be the arbiter rather than Congress, the state legislatures, state supreme courts, the people being able to resolve this?": Transcript Dec. 1, cit., 107.

<sup>79</sup> Transcript Dec. 1, cit., da 108.

<sup>80</sup> "All three legal teams have cut it a little close, and in a departure from normal custom, they do not greet each other or shake hands": M. Walsh, *Feelings run high: Two hours of tense debate on an issue that divides the court and the country*, cit., 1.

<sup>81</sup> M. Walsh, *Feelings run high: Two hours of tense debate on an issue that divides the court and the country*, cit., 1-2.

## 5. “The past could be the future”?

Il primo novembre e il primo dicembre sono arrivati, e velocemente trascorsi. Ma le mattinate sono state particolarmente impegnative: dentro e fuori<sup>82</sup> l'edificio della Corte Suprema, a Washington. È così, in quegli ordinamenti in cui la Corte gode di un prestigio indiscusso anche grazie al fatto che gli stessi legali, una volta conclusa la loro esposizione, si pongono a disposizione: “I welcome the Court's questions”<sup>83</sup>.

“The Court is speaking”, si usa dire. Ma, con riferimento alla Corte Suprema, significa che ciò avviene ben oltre la controversia oggetto di sindacato: è l'istituzione, la Corte che “speaks to the people”. E lo fa, sia consentendo a chiunque sia interessato di partecipare, di seguire il percorso logico, il ragionamento e l'argomentazione di ogni singolo giudice. Ma, allo stesso tempo, anche promuovendo una riflessione condivisa sulle domande e sulle risposte nell'attesa di vedere come quel reasoning si tradurrà nella decisione finale e/o, nelle separate opinions. Il modo, il tempo e il tipo di domande che vengono poste rendono più o meno esplicito, infatti, non solo il reasoning del singolo giudice, ma anche le linee di intersezione tra i vari punti di vista che emergono proprio attraverso quel dinamico interrogatorio pubblico<sup>84</sup>.

Alla vigilia ci si chiedeva se, alla luce delle importanti controversie che si sarebbero dovute discutere nel corso delle udienze pubbliche programmate per quei giorni sarebbe stato, ancora una volta, il dialogo – esplicito ed implicito - tra quei giudici (attraverso i legali delle parti) a tracciare il sentiero, a delineare quale sarà il corso della storia in materia di aborto. Un dialogo che, fin dai primi minuti di entrambe le udienze, si è manifestato in tutta la sua problematicità e complessità. Anche per questo, dunque, espressione autentica di una vera e propria comparazione critica delle idee<sup>85</sup>.

“The past could be the future”<sup>86</sup>? Non sono bastate ore di dibattito a sciogliere questo, e tutti gli altri nodi tematici ad esso correlati. Di certo - pur in attesa delle decisioni -, sono risultati di sicuro interesse, nella prospettiva costituzionale, alcuni significativi profili:

- a) Sul piano della giustizia costituzionale: la conferma,

<sup>82</sup> K. Barlow, *Rallies, speeches, signs, and prayers as activists converge outside the courthouse*, December 1, 2021, in [www.scotusblog.com/2021/12/rallies-prayers-speeches-and-signs-as-activists-converge-outside-the-courthouse/](http://www.scotusblog.com/2021/12/rallies-prayers-speeches-and-signs-as-activists-converge-outside-the-courthouse/).

<sup>83</sup> Transcript Dec. 1, cit., 6.

<sup>84</sup> G. Tieghi, *Diritto, esperienze comunicative, Questioning: nuovi itinerari di giustizia costituzionale?*, in *Federalismi.it*, n.14/2020. Per una disamina sulle possibili aperture della Corte costituzionale italiana alla società anche attraverso l'udienza pubblica, si rinvia a G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittoria*, Napoli, 2021, in specie da 243.

<sup>85</sup> G. Tieghi, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la “comparazione critica di idee”*, in AA.VV., *Libertà Giovani responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, a cura di G. Bergonzini, F. Pizzolato, G. Rivosecchi e G. Tieghi, Napoli, 2020, 369 – 387.

<sup>86</sup> L'espressione, ancorchè qui posta come interrogativo, riprende quanto scritto, tra le due udienze, a fine novembre: L. Hurley, *In Supreme Court Abortion Case, The Past Could Be The Future*, Nov. 24, 2021, in [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

innanzitutto con riferimento agli oral arguments analizzati, circa l'estrema apertura, tra i giudici, al confronto dialettico. Ciò significa, non ultima, un'apertura alla ricerca di un'argomentazione giuridica fondata che parte da quesiti utili a comprendere la prospettiva 'altra', al fine di sviscerare tutte le alternative. Dunque, ben al di là del posizionamento interpretativo del singolo giudice. Tale profilo, evidenziato da più commentatori quale espressione di un'umana preoccupazione, merita una specifica considerazione: il fatto di evidenziare che alcuni giudici “seemed open to arguments” o “appears open to (...)”<sup>87</sup>, impone un vero e proprio ripensamento del ruolo del giudice ma, anche, dell'udienza pubblica in un sistema di giustizia costituzionale democratico<sup>88</sup>. L'occasione dei giudizi sulle due leggi statali, con le loro restrizioni sul diritto di aborto, ha confermato, infatti, soprattutto l'unicità di quella Corte nel saper *dialogare* anche - e in particolar modo - sui fondamenti costituzionali del sistema. E ciò, si intenda, ben oltre le diversità culturali o valoriali. Come riconosciuto dalla Giudice Barrett, infatti, in gioco c'era niente meno che il principio dello *stare decisis*, “which is obviously the core of this case”: principio sul quale si è discusso, ancora una volta<sup>89</sup>, in un contraddittorio trasparente, anche con posizioni esplicitamente contrapposte<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> A. Liptak, *Supreme Courts Appears Open to letting Providers Challenge Texas Abortion – The Supreme Courts hints it May Allow Challenge to the Texas Abortion Law*, Nov. 1, 2021, in [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com); A. De Vogue, *Two Conservative Supreme Court Justices Appear Open to Abortion Providers Being Able To Challenge Texas Law*, cit.. Tutte espressioni, compresa quella che sottolinea che la Corte “seems willing to (...)” che evidenziano l'apertura e, soprattutto, la necessità di confronto: R. Barnes, *Supreme Court Seems Willing to Allow Challenge of Texas's Restrictive Abortion Law*, Nov. 1, 2021, in [www.washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com).

<sup>88</sup> T.R. Johnson, P. J. Wahlbeck, J. F. Spriggs, *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court*, Cambridge University, Feb. 28, 2006. In prospettiva comparata: H.J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, Oxford, 1998. Per un recentissimo approfondimento, nella prospettiva italiana, si rinvia a M. Bertolissi, *L'udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Cinquant'anni dopo. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, Torino, 2021.

<sup>89</sup> Una presa di posizione importante sul valore del precedente, in materia di aborto, era stata quella del Chief Justice Roberts, nella concurring opinion nella decisione del *June Medical Service*. In quell'occasione, il suo voto, divenuto decisivo per il giudizio, si era fondato proprio sull'accurata analisi che egli fece della Corte quale guardiana dello *stare decisis*. Così come, d'altro canto, e in posizione opposta, aveva fatto in altra sede, anni prima, il Giudice Gorsuch, nella decisione *US v. Games-Perez*, No. 11-1011, 17, Sept. 2012, affermando che in caso di contrasto tra il *plean meaning* di un testo di legge e un precedente giurisprudenziale, il precedente poteva essere sottoposto ad *overruling*. Per un approfondimento sul giudice conservatore si rinvia a G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: Understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017.

<sup>90</sup> Le considerazioni della Giudice Barrett seguono le osservazioni -già riportate - del Giudice Breyer: “General, I have a question that is a little bit of a follow-up to that Justice Breyer was asking you. That's about *stare decisis*. And I think a lot of the colloquy you've had with all of us has been about the benefits of *stare decisis*, which I don't think anyone disputes, and, of course, no one can dispute because it's part of our *stare decisis* doctrine that it's not an inexorable command and that there are some circumstances in which *overruling* is possible. (...) But, in thinking about *stare decisis*,

b) Sul piano della effettività dei diritti di libertà: il caso del Mississippi è stato riconosciuto essere, in questa prospettiva, “the most consequential abortion rights case in generations”. Ciò, in particolar modo perché “it carries far-reaching implications for U.S. liberty rights well beyond the right to abortion”<sup>91</sup>. È in questa prospettiva, infatti, anche per ciò che è emerso dalla discussione pubblica sulla legge di quello Stato, che si ritiene vada analizzata la vicenda giurisdizionale. E ciò, non solo alla luce di quanto hanno ampiamente esposto nelle loro memorie, quali amici curiae, i costituzionalisti statunitensi e l’American Civil Liberties Union (ACLU); quanto, piuttosto, con riferimento al ruolo stesso della Corte Suprema. Il precedente Roe, infatti, non si è limitato a legalizzare l’aborto nell’ordinamento statunitense ma, invece, ha rafforzato la definizione e lo sviluppo, da parte della medesima Corte Suprema, di un quadro costituzionale che continua ad operare, nella dinamicità degli eventi e delle epoche, per rendere *effettivi* i correlati diritti di libertà<sup>92</sup>.

Quali scelte opereranno, in definitiva, i giudici, su un tema talmente delicato, quando sarà il momento di definire l’esito del processo decisionale? Pare evidente, da quanto emerso durante le udienze, che non trascureranno di motivare adeguatamente sul piano tecnico giuridico, in specie con riferimento al modo in cui rendere effettiva quella tutela. Non solo, dunque, il suo riconoscimento. L’interrogativo che si pone, ad ogni modo, è se saranno capaci di operare in quel “permanent ideal concerning openness to other, a commitment to inclusive, democratic dialogue, and a sharing of responsibility of transformation between all three branches of government

---

which is obviously the core of this case, how should we be thinking about it – I mean, Justice Breyer pointed out that in Casey and in 10 some respects, well, it was a different conception of stare decisis insofar as it very explicitly took into account public reaction. Is that a factor that you accept, or are you arguing that we should minimize that factor? And is there a different set of rules (..) it is true that Casey identified Brown and West Coast Hotel as watershed decisions. But is there a distinct set of stare decisis considerations applicable to what the Court might decide is a watershed distinction”: Transcript, Dec. 1, cit., 44-45.

<sup>91</sup> Center for Reproductive Rights, *Abortion and Liberty Rights: Spotlight on Dobbs v. Jackson Women’s Health*, Nov. 29, 2021, in [www.reproductiverights.org](http://www.reproductiverights.org).

<sup>92</sup> “L’esperienza statunitense attesta, dunque”, si è evidenziato, “quanto in età contemporanea non sia il riconoscimento dei diritti ma la loro effettività il traguardo cui aspira la giurisprudenza costituzionale, in un’epoca in cui giungono all’attenzione delle Corti sempre più spesso testi normativi o prassi che hanno lo scopo di rendere più difficile compiere quanto il sistema normativo e la giurisprudenza costituzionale già consentono. Regressione nel livello di garanzia dei diritti e tentativi di inasprimento del dato normativo, difatti, sono elementi costitutivi di una tendenza che risulta essere marcata proprio in quegli ordinamenti in cui da più tempo si è giunti al riconoscimento della possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza”: P. Martino, *Giudicare su scelte tragiche sotto l’egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law*, in *Quaderni di Dipartimento Jonico*, n. 18/2021, estratto dagli Atti del Convegno “Medicina e diritto penale”, Taranto, 11 dicembre 2020, a cura di G. Losappio, 44.

(...) in partnership with a vibrant, independent civil society”<sup>93</sup>.

Perché è comunque innegabile, e queste vicende l’hanno dimostrato, che “il sistema dei valori si rigenera continuamente in un continuo confronto tra giudice costituzionale e opinione pubblica, con il continuo concorso sussidiario di altri protagonisti istituzionali”<sup>94</sup>.

c) Sul piano dei diritti umani, anche a fronte delle implicazioni in termini di tutela dei diritti politici: “Roe and Casey have failed, but the people, if given the chance, will succeed”, ha ammonito il legale dei ricorrenti in Dobbs, sul presupposto che debbano essere i singoli Stati a decidere su materie come questa e, dunque, coloro che rappresentano la volontà del popolo<sup>95</sup>. Il tema del rapporto tra legislatori e giudici torna alla luce, ma in una logica nuova. Ed è a fronte della reazione della giudice Sotomayor contro chi intende politicizzare, o ridurre alla dimensione religiosa il tema dell’aborto che entra in gioco la direttrice c.d. glocal<sup>96</sup>. Quest’ultima assume, in questo contesto, un preciso significato con riferimento ai diritti di voto, alla necessità di scegliere dei rappresentanti locali per i quali gli abortion rights abbiano un’importanza decisiva in termini di libertà di scelta. Il motto ‘Think globally, act locally’, nella sua pur evidente complessità, potrebbe, allora, avere un nuovo ambito applicativo, ben oltre il tema del cambiamento climatico. Piuttosto, invece, sul piano del diritto all’aborto quale diritto umano.

### 5.1. Giudici: power oppure duty to overrule?

Alla luce di tutto ciò, quali scenari aprirà il dibattito tra i giudici della Corte Suprema quando saranno chiamati a delineare il corso della storia? È di sicuro rassicurante pensare ad un dialogo tra giudici che non si esaurisca nell’udienza pubblica, ma che prosegua fattivamente nella Conference room, in vista delle decisioni. Un dialogo, in ogni caso, di cui tutto il mondo ha già potuto essere partecipe: per assistere ad una dialettica che è stata già in grado di “focus the minds of the justices and present the possibility for fresh

<sup>93</sup> Sono le parole, che definiscono il c.d. *transformative constitutionalism*, dell’emerito Chief Justice della Corte costituzionale sudafricana Pius Langa, ora in P. Langa, *The Challenges Facing Transformative Constitutionalism in South Africa*, Prestige Lecture presso la Stellenbosch University il 9 ottobre 2006, in 17 *Stellenbosch Law Review*, 351.

<sup>94</sup> G. F. Ferrari, “Civil Law” e “common law”: aspetti pubblicistici, in AA.VV., *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, Tomo II, Roma-Bari, 2014, 791.

<sup>95</sup> That is not the world the Constitution promises. The Constitution places its trust in the people. On hard issue after hard issue, the people make this country work. Abortion is a hard issue. It demands the best from all of us, not a judgment by just a few of us. When an issue affects everyone and when the Constitution does not take sides on it, it belongs to the people”: Transcript Dec. 1, cit., 5.

<sup>96</sup> G. Tieghi, *Città, diritti umani e tutela glocal*, in *federalismi.it – Focus Human Rights* n.2/2019 e *Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la Governance locale*, in *DPCE Online*, vol. 3/2019.

perspectives on a case”<sup>97</sup>. Un dialogo che, anche grazie alla diffusione delle risposte sul tema che quei giudici avevano già dato pubblicamente nella veste di *nominee*<sup>98</sup> potrà essere, ora più che mai, accuratamente vagliato. Per essere, innanzitutto, meglio compreso. Per lo meno, per tentare di comprendere se vi siano i requisiti, già delineati dalla Corte nel caso Casey, per esercitare il proprio potere di *overruling*<sup>99</sup>.

Dal mutare delle circostanze, aveva già ammonito la Corte in Casey, possono sorgere nuovi obblighi e la parte sensibile del Paese è in grado di percepire l'*overruling* di un precedente come la risposta della Corte ad un dovere di natura istituzionale. Il richiamo ad un dovere, per i giudici costituzionali, apre ad un decisivo, nonché delicatissimo, scenario: quello di un obbligo di risultato derivante dal loro ruolo di presidio delle garanzie costituzionali<sup>100</sup>.

Probabilmente, però, non è necessario arrivare a tanto.

Ci si chiede, in definitiva, se l’“intelligenza emotiva” – di cui parlava Sonia Sotomayor nel suo *My Beloved World*<sup>101</sup>–, insieme al “coraggio” – a cui si riferiva Neil Gorsuch nel suo *A Republic. If You can keep it*<sup>102</sup>– di quei nove

<sup>97</sup> D. M. O’Brien, *Storm Centre: The Supreme Court in American Politics*, New York, 1996, 275.

<sup>98</sup> “This is what the Supreme Court justices said about abortion as nominees”, video che rievoca, giudice per giudice, le risposte date durante la procedura di nomina in Senato in merito al ruolo della decisione *Roe v. Wade* nel sistema statunitense, reperibile al link [edition.cnn.com/2021/09/20/politics/supreme-court-mississippi-abortion-law/index.html](http://edition.cnn.com/2021/09/20/politics/supreme-court-mississippi-abortion-law/index.html).

<sup>99</sup> “Conditioning factors”: “Whether the rule has proven to be intolerable simply in defying practical workability”; “the rule is subject to a kind of reliance that would lend a special hardship to the consequences of overruling and add iniquity to the cost of reputation”; “related principles of law have so far developed as to have left the old rule no more than a remnant of abandoned doctrine”; and “whether facts have so changed, or come to be seen so differently, as to have robbed the old rule of significant application or justification”: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

<sup>100</sup> P. Martino, *Giudicare su scelte tragiche sotto l’egida della CEDU*, cit., 44.

<sup>101</sup> “Usare a proprio vantaggio l’intelligenza emotiva, in un’aula di tribunale come nella vita, dipende dall’essere sempre vigili: la chiave sta sempre nel guardare e nell’ascoltare”: S. Sotomayor, *Il mio mondo amatissimo. Dal Bronx alla Corte Suprema*, Bologna, 2017, 293. In prospettiva comparata: G. Tieghi, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, n.1/2020.

<sup>102</sup> “Whether you serve ultimately as a lawyer or judge, I hope as an officer of the Court all the same you will help explain these virtues” (il riferimento era alla capacità dei giudici di agire “in face of pressure”, “self-restraint in the exercise of power”) to your clients, your family, and your friends. In popular culture”, sottolineava l’autore, “we often see people deriding judges who issue unpopular rulings or lawyers who represent unpopular clients. We see those who confuse a judge’s ruling or lawyer’s representation with support for the person’s cause or personal favoritism or bias. (...) Attacks like these miss the mark. They misunderstand completely the roles of the judge and lawyer. I hope”, insisteva, “you will help remind those you encounter that if they want to secure their own liberty from oppression, they should want lawyers and judges who are unafraid to follow the law where it leads and enforce the law fearlessly, without bending to the passing whims and wishes of public opinion”: N. Gorsuch, *A Republic. If You can keep it*, NY, 2019, 190, Capitolo “On Courage”, ove viene riprodotta la Lecture tenuta per gli studenti della Duke University a conclusione del primo term alla Corte.

Giudici, siano diventati parte integrante della dialettica, in corso di oral arguments. Tale connubio, ha apportato qualcosa di significativo al dibattito e, soprattutto, quei fattori saranno risolutivi ai fini delle decisioni? Hanno – o meno – tracciato un qualche sentiero del nuovo assetto, in una materia così delicata come quella dell’aborto quale *essential health care*?

È auspicabile. Per quelle generazioni che presumevano tale diritto come oramai del tutto acquisito. E per l’importanza, sul piano costituzionale, di comprendere quanto – e fino a che punto – le tecniche decisorie di una Corte, come quella statunitense che opera in un sistema di common law, possano incidere su una effettiva e, non ultima, contemporanea<sup>103</sup>, salvaguardia delle libertà.

Giovanna Tieghi  
Dip.to di Diritto pubblico, internazionale e  
comunitario - DiPIC  
Università degli Studi di Padova  
[giovanna.tieghi@unipd.it](mailto:giovanna.tieghi@unipd.it)

---

<sup>103</sup> Perché, come confermano le controversie analizzate, danno voce ad “una fase del costituzionalismo che risente di vicende evolutive estremamente complesse e dagli esiti ancora imprevedibili”: G. F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, risolto di copertina.